Abhandlungen

zum

Privatrecht und Civilprozeß

des

Deutschen Reiches.

In zwanglosen Heften

herausgegeben von

Dr. Otto Fischer

Professor der Rechte an der Universität Breslau.

(Bd 1) , **4. Heft.**

Diese Abhandlung bildet zugleich das vierte Heft des ersten Bandes der „Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches. In zwanglosen Heften herausgegeben von Dr. Otto Fischer, Professor der Rechte an der Universität Breslau.“ Vgl. auch die Rückseite des Umschlags.

Jena,

Verlag von Gustav Fischer.

1897.

Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

Von

Otto Gierke.

Jena,

Verlag von Gustav Fischer.

1897.


Kat.
UNIVERSITÄTS- U. STADTBIBLIOTHEK KÖLN
Abt. 2

Inhalts-Verzeichnis.

Kap. I.

Einleitung. Besitz, Possessio und Gewere.

Seite

Kap. II.

Die Vermutung aus dem Besitz.

Kap. III.

Das Einwendungsrecht aus dem Besitz.

Kap. IV.

Das Klagerecht aus dem früheren Besitz.

Kap. I.

Einleitung.

Besitz, Possessio und Gewere.

I. Wer die Rolle, die nach dem bürgerlichen Gesetzbuche der Besitz im Streite um Fahrnis spielen soll, richtig würdigen will, muß die eigentümliche Verbindung römischrechtlicher und deutschrechtlicher Gedanken beachten, die das ganze neue Besitzrecht durchzieht.

Im Gegensatze zum ersten Entwurfe, dessen Vorschläge eine gründliche Umarbeitung erfahren haben, knüpft das Gesetzbuch wieder an die ältere gemeinrechtliche Entwicklung an, die auf dem Boden des gemeinen Rechts durch die von Savigny eingeleitete romanistische Gegenströmung vor ihrer Vollendung unterbrochen und teilweise zurückgeschraubt wurde, in den großen Gesetzbüchern aber und namentlich im Preußischen Landrecht zu einem gewissen Abschlusse gediehen ist. Nur in einzelnen Punkten, wie insbesondere hinsichtlich des Rechtsbesitzes, schneidet das Gesetzbuch den Faden dieser Entwicklung ab. Im Uebrigen spinnt es ihn weiter und bringt vielfach bisher verborgene Keime zu voller Entfaltung.

So lebt im Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches nicht blos die römische possessio, sondern zugleich die germanische Gewere fort. Jedoch mit einem wichtigen Unterschiede. Was von der possessio lebendig bleibt, steckt ganz im Besitzesrechte. Die Gewere dagegen wirkt nur mit einem Teile ihres Wesens im Besitzesrechte

nach, während ein zweiter Sprößling der Gewere im Grundbuchrechte blüht. Der alte einheitliche Begriff der Gewere ist seit lange verloren gegangen. Allein der Zusammenhang der beiden getrennten Stücke macht sich schon äußerlich immer noch dadurch bemerkbar, daß der Bucheintrag im Liegenschaftsrechte seine Wirkungskraft auf Kosten des Besitzes bethätigt und vielfach genau dieselbe Rolle spielt, die das Fahrnisrecht dem Besitze zuweist.

II. Der Besitzesbegriff des bürgerlichen Gesetzbuches stimmt mit dem Begriff der possessio darin überein, daß er auf die thatsächliche Gewalt der Person über die Sache abgestellt ist. Dagegen ist er gerade aus diesem Grunde enger als der Begriff der Gewere. Denn unter Gewere verstehen die Quellen des deutschen Mittelalters jedes von der Rechtsordnung als formale Sachherrschaft anerkannte Verhältnis der Person zur Sache. Allerdings blickt auch das deutsche Recht zunächst auf die thatsächliche Sachherrschaft und schreibt dem eine Gewere zu, der sich durch Machtausübung als Herrn der Sache erweist. Allein frühzeitig nahm es in den Begriff der Gewere Rechtsbeziehungen zur Sache auf und gestaltete so die Gewere zu einem selbständigen Rechtsverhältnisse, das sich zur allgemeinen Erscheinungsform des materiellen Sachenrechts erheben und je nach der Beschaffenheit des zur Erscheinung gebrachten dinglichen Rechtes differenzieren konnte. Die Gewere ist, wie ihr Name besagt, das Kleid (vestitura) des Sachenrechts; sie ist die äußere Form, hinter der der innere Gehalt des Rechts so lange zurücktritt, bis sie sich bei einem Widerspruche als unberechtigter Schein erweist[1]). So konnte denn auch der Begriff der Gewere

[1]) Diese Auffassung der Gewere, die ich selbst in meinem Deutschen Genossenschaftsrecht II 137 („das formale und nach außen gekehrte Element“ des Sachenrechts) bereits angedeutet hatte, ist von E. Huber, Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht (Berner Festschrift für Halle 1894), überzeugend begründet und durchgeführt worden. Andere Auffassungen zu widerlegen, ist hier nicht der Ort. Es sei nur bemerkt, daß gegenüber der bahnbrechenden Schrift von Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren Deutschen Sachenrechts, Königsberg 1828, worin die Bedeutung der Gewere bis zur Aufzehrung des materiellen Sachenrechts übertrieben war, die meisten Neueren umgekehrt in der Anpassung des Gewerebegriffes an den römischen Besitzesbegriff und somit in seiner sachenrechtlichen Entleerung zu weit gehen. So namentlich Heusler, Die Gewere, Weimar 1872; auch Institutionen des Deut. PR., II 20 ff. Ferner Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters, Königsberg 1869, S. 159 ff.; auch Krit. V. Schr. XV 378 ff. Ebenso Sohm, Zur Geschichte der Auf-

sich völlig von dem physischen Gewaltverhältnisse ablösen und Verhältnisse umspannen, deren Stempelung zu formellen Herrschaftsverhältnissen nur auf der rechtlich verbürgten Kraft einer öffentlichen Berufung beruht. Indem der Erwerb einer Gewere durch bloße Auflassung, durch Urteil und durch Erbgang anerkannt und die Fortdauer einer Gewere im Falle gewaltsamer Entwerung angenommen wurde, trat der leiblichen Gewere eine ideelle Gewere zur Seite[2]).

---

lassung (in der Straßburger Festgabe für Thöl 1879) S. 81 ff., 107 ff.; R. Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte S. 686; Cosack in der 17. Auflage von Gerbers System des Deut. PR. § 68; O. Lehmann in der 3. Auflage von Stobbes Handbuch des Deut. PR. II § 85. Diese Tendenz führt dahin, daß widerstrebende Erscheinungen teils weggedeutet, theils durch Fiktionen erklärt werden. Man darf sich aber auch nicht mit der Ausrede behelfen, Gewere bedeute bald Besitz, bald Recht auf den Besitz. So Stobbe, Artikel „Gewere" in der Enzykl. v. Ersch und Gruber, I, 65 S. 428 ff. (bes. S. 435 ff.), Krit. V. Schr. XI 249 ff., Deut. PR. (2. Aufl.) § 72 Anm. 7a und § 94 Anm. 23; Planck, Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, I 549 Anm. 1, 551 Anm. 4, 552 ff., 681, 687; Brunner in Holtzendorffs Enzykl. S. 273. Auch hierbei wird mit einem den Quellen fremden Besitzesbegriff operiert und ihm zu Liebe die Einheit des Gewerebegriffes zerstört.

[2]) Der Streit über das Dasein der ideellen Gewere, die Albrecht a. a. O. S. 23 ff. „juristische" Gewere nannte, kann so ziemlich als erledigt gelten, seitdem Heusler, der das Buch über die Gewere vornehmlich dem Kampfe gegen sie gewidmet und nur die Erbengewere verschont hatte (S. 172 ff.), in den Institutionen (II 33 ff.) den Standpunkt gewechselt und Laband für sein noch radikaleres Vorgehen (Krit. V. Schr. XV 397 ff.) nur wenige Nachfolger (z. B. Gengler, D. PR., § 38) gefunden hat. Der Meinungsstreit über ihr Wesen dagegen ist ungeschlichtet. Die Einen zwängen sie unter den Begriff des „Besitzes", indem sie das „corpus possessionis" bald durch Fiktion beschaffen, wie Heusler, Gewere S. 172 ff., Sohm a. a. O. S. 29 ff. (unter Erdichtung eines constitutum possessorium bei der Auflassung), Lehmann a. a. O. S. 200 ff., auch schon Sandhaas, Germanist. Abh. (1852) S. 81 ff. —, bald in der bloßen Möglichkeit thatsächlicher Herrschaft finden, wie Cosack, Der Besitz des Erben S. 33, auch schon Eichhorn, D. PR. § 156, und sogar Huber a. a. O. S. 33 ff. Die Andern fassen sie als „jus possidendi" auf, wie Homeyer, Des Sachsenspiegel Zweiter Teil II 420 ff., und Stobbe, Planck und Brunner an den oben in Anm. 1 angeführten Stellen. Sie darf aber überhaupt nicht am römischen Besitzesbegriff gemessen werden. Wäre dieser eine allgemeingültige logische Kategorie, so müßte man Gerber zustimmen, der die Gewere für einen juristisch unfaßbaren Begriff erklärte (Z. f. Civilr. und Proz., N. F. XI 1 ff., Gesammelte Abh. S. 372 ff.). In Wahrheit führt kein anderer Weg zum Ziel, als der, den Albrecht betrat, indem er einen zugleich selbständigen und einheitlichen Gewerebegriff suchte. Nur darf man um der ideellen Gewere willen die Gewere weder, wie dies Albrecht und seine Nachfolger

Der Begriff des Besitzes hat für Gedankengebilde, die der ideellen Gewere entsprechen würden, keinen Raum[3]. Er vermag nur der leiblichen Gewere Unterkunft zu bieten. Darum ist es auch kein bloßes Spiel des Zufalles, daß der Name der Gewere seit der Aufnahme des römischen Rechtes verschollen und daß statt seiner das neue Wort Besitz als Uebersetzung von possessio in Gebrauch gekommen ist. Auch der Besitzesbegriff des bürgerlichen Gesetzbuches stammt zweifellos in gerader Linie von der römischen possessio ab. Allein er hat tiefgreifende Wandlungen erfahren, die größtenteils eine Annäherung an das im Stillen immer wirksam gebliebene System der Gewere bedeuten. Dahin gehört es schon, daß der „animus" als selbständiges Begriffsmerkmal entfernt und nur die äußere Erscheinung der thatsächlichen Sachherrschaft betont ist[4]. Was unter „thatsächlicher Gewalt" zu verstehen ist, sagt das Gesetzbuch nicht. So kommt denn auch der Unterschied, der hierbei zwischen Liegenschaften und Fahrnis obwaltet, nicht zum Ausdruck. Wenn das deutsche Recht von vornherein das Kennzeichen der Gewere bei Liegenschaften in das Brauchen und bei Fahrnis in das Haben verlegte, dort die wirtschaftliche Nutzung und hier die

---

(z. B. Gaupp, Z. f. D. R. I 86 ff., und Kraut, Vormundsch. II 346 ff.) mit der Annahme eines dem an sich klaglosen dinglichen Rechte selbständig zur Seite stehenden Rechts zur gerichtlichen Vertretung der Sache und Andere auf andere Weise gethan haben, zu einem besonderen dinglichen Rechte erheben, noch mit Delbrück, Die dingliche Klage des Deutschen Rechts (Leipzig 1857) S. 36 ff., oder v. Bar, Das Beweisurteil des germanischen Prozesses (Hannover 1866) S. 169 ff., zu einem bloßen Prozeßrechtsinstitute abschwächen. — Die rechtsgeschichtliche Angelegenheit ist auch für das Verständniß unseres Zukunftsrechtes von großer Wichtigkeit, weil die Aufdeckung der einheitlichen Wurzel den Schlüssel zu dem Parallelismus der Publizitätsfunktionen des Fahrnisbesitzes und des Grundbucheintrages liefert.

[3]) Nur das Oesterreichische Recht faßt das durch Grundbucheintrag begründete Formalrecht als eine Art des Besitzes („Tabularbesitz", „Buchbesitz") auf; Oesterr. GB. § 321, 322, 350; Randa, Besitz § 5; Krainz, Oesterr. PR. I § 167.

[4]) BGB. § 854, 856. Dies bedeutet freilich hier so wenig wie bei der Gewere eine Streichung des Willenselements. Thatsächliche Gewalt „erlangen" oder „aufgeben" kann man nur durch ein mit Willensinhalt erfülltes Handeln. Wie anders als aus Willensrichtungen soll auch erkannt werden, ob Besitz oder bloße Inhabung nach § 855, ob mittelbarer Besitz nach § 868, ob Eigenbesitz nach § 872 vorliegt? Allein es genügt das dem äußeren Herrschaftsverhältnisse entsprechende innere Willensverhältnis ohne Rücksicht auf seine juristische Qualifikation. So kann auch der im Rechtssinne Willensunfähige nach dem Maße seiner thatsächlichen Willensfähigkeit (aber nicht darüber hinaus) Besitz durch eignes Handeln erwerben und aufgeben.

Gewahrsam entscheiden ließ und mit diesem Gegensatze den Grund für die ungleiche Ausgestaltung der dinglichen Rechte an beiden Sachgattungen legte [5]), so ist dem bürgerlichen Gesetzbuche eine derartige grundsätzliche Scheidung fremd. Einzelne Folgesätze indeß erweckt es zu neuem Leben [6]). Und darüber hinaus wird sich der alte Gedanke bei der Handhabung der Vorschriften über Erwerb und Verlust des Besitzes stets Beachtung erzwingen [7]). In wesentlichem Einklange mit dem System der Gewere befindet sich das bürgerliche Gesetzbuch bei der Bestimmung des Umfanges des Besitzesbegriffes. Wie künftig jede selbständige Sachinhabung wahrer Besitz und nur die unselbständige Verwaltungsinhabung kein Besitz sein wird [8]), so wurde auch eine Gewere durch jede auf selbständige Rechtsausübung gerichtete Sachherrschaft begründet, während der bloße Verwalter der Gewere darbte [9]). Demgemäß hat auch die Unterscheidung von „Eigenbesitz" und sonstigem Besitz ihr Vor-

---

[5]) Vgl. Sachsensp. Lehnr. a. 14 § 1, Richtst. Landr. c. 21 § 4, c. 26 § 6, Richtst. Lehnr. c. 29 § 7, Dortmunder Stat. (b. Frensdorff) S. 109, 136, 141; Stobbe, Gewere S. 450 ff.; Laband a. a. O. S. 160 ff.; Heusler, Gewere S. 115 ff.

[6]) Insbesondere dadurch, daß es im Fahrnisrecht gewisse Wirkungen der Besitzübertragung nicht an jede, sondern nur an eine zum wirklichen Haben führende Besitzübertragung knüpft und dem Verluste der Gewahrsam durch „Abhandenkommen" der Sache eine spezifische Bedeutung verleiht.

[7]) Die „thatsächliche Gewalt" über ein Grundstück kann in sehr viel weiterem Maße ohne körperliche Einwirkung erlangt und behauptet werden, als die über eine bewegliche Sache. Hinsichtlich der Besitzentsetzung deutet § 859 den Unterschied durch die verschiedene Wortfassung des zweiten und dritten Absatzes an.

[8]) BGB. § 855: „Uebt Jemand die thatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem anderen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der Andere Besitzer." Die Abgrenzung dieses bloßen „Besitzdieners", wie Bekker ihn nennt, gegen den Besitzer (insbesondere den Verwahrungsbesitzer) ist schwierig und schon bestritten; vgl. bes. Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, Jahrb. f. Dogm. XXXIV 1 ff. (S. 9, 10, 42 ff.), Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB., Arch. f. civ. Praxis LXXXVII 40 ff. (S. 64 ff.). Zur richtigen Auslegung und zur Vermeidung einer maßlosen Ausdehnung des Besitzesbegriffs kann die Heranziehung des älteren Deutschen Rechts Manches beitragen.

[9]) Keine Gewere hat sowohl der Verwalter einer Liegenschaft (Sachsensp. Lehnr. a. 62 § 1), wie der in häuslicher Abhängigkeit (als Gesinde oder Familienglied) bewegliche Sachen des Hausherrn verwaltende Hausgenosse (Sachsensp. III a. 6 mit Glosse); vgl. Heusler a. a. O. S. 146, Laband a. a. O. S. 161, Huber a. a. O. S. 25 ff. Gewere dagegen hat zweifellos der Verwahrer einer beweglichen Sache; unten Kap. IV Anm. 50—51. Dem Pächter wurde

bild in der Unterscheidung von „egenliker gewere“ und beschränkterer Gewere[10]). Dem deutschen Rechte entspricht zugleich die Zulassung eines besonderen Besitzes von Sachteilen, insbesondere von abgesonderten Wohnräumen und anderen Räumen[11]). Wie an derselben Sache gleichzeitig mehrfache Gewere bestehen konnte[12]), so ist nun auch mehrfacher Besitz an einer Sache möglich[13]). Mit der Unterscheidung der „lediglichen Gewere“ von der durch ihren Inhaber vermittelten Gewere eines Oberherren[14]) berührt sich der Satz des bürgerlichen Gesetzbuches, der neben dem unmittelbaren Besitz

---

allgemein Gewere zugesprochen; v. Brünneck, Z. f. RG. XIV 151 ff., Heusler, Inst. II § 82, Stobbe, D. PR. II 17 Anm. 25; unrichtig Planck I 584, Lehmann b. Stobbe II 204 Anm. 40. Meist aber auch dem Miether; Huber S. 24 Anm. 51, S. 29 Anm. 63; unrichtig Stobbe a. a. O. S. 16, Heusler, Gewere S. 119.

[10]) Der Ausdruck „Eigenbesitz“ (§ 872) stimmt zu der „egenliken gewere“ (Sachsensp. II a. 44 § 3). Gemäß § 868 wird man auch, wie das alte Recht von lehnischer Gewere, Erbzinsgewere, Leibzuchtsgewere, pfandlicher Gewere, Gewere zu rechter Vormundschaft usw. sprach, von Nießbrauchs-, Pfand-, Pacht-, Miets-, Verwahrungs-, Leih-, Fundbesitz usw. reden dürfen. Ein zusammenfassender technischer Ausdruck für allen Besitz, der nicht Eigenbesitz ist, fehlt. Man kann ihn, wenn man nicht mit dem Preußischen Landrecht auch fernerhin von „unvollständigem“ Besitz reden will, „beschränkten“ Besitz nennen. Der Ausdruck „abgeleiteter“ Besitz (Wendt a. a. O. S. 44 ff.) wäre zu eng, da er z. B. auf den Besitz des Finders nicht passen würde. Vielleicht ließe sich kurz „Lehnbesitz“ sagen; Verwechselung mit dem „Lehnsbesitz“ wäre nicht zu fürchten.

[11]) BGB. § 865. Freilich mit dem Unterschiede, daß, während im deutschen Rechte mit der Möglichkeit besonderer Gewere auch die Möglichkeit eines besonderen Eigenthums oder anderen Rechtes am Sachtheil gegeben war, der Theilbesitz des BGB. auch da stattfindet, wo ein besonderes Recht am Sachtheile nach § 93 ausgeschlossen ist.

[12]) Laband S. 160; Huber S. 28 ff.; v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts (2. Aufl., Straßburg 1897) S. 129. Grundsätzlich abweichend, aber trotz künstlicher Beseitigung widerstrebender Quellenzeugnisse allerlei Zugeständnisse nicht vermeidend Stobbe, Gewere S. 464 ff., D. PR. II 16 ff., Heusler, Inst. II 25 ff. (anders zum Teil noch Gewere S. 125 ff., 160), Planck I 589, 683, Schröder S. 686, Lehmann b. Stobbe II 199 ff. (drei Fälle einer fingierten relativen Gewere neben der absoluten Gewere).

[13]) Nicht bloß unmittelbarer und mittelbarer (unten Anm. 15), sondern auch Besitz am Sachganzen und an den Sachteilen, ferner zum Mitbesitz verbundener Eigenbesitz und Nießbrauchs- oder Pfandbesitz (§ 1081 Abs. 2, § 1206) usw.

[14]) Sachsensp. I a. 34 § 3, II a. 57; Schwabensp. (L.) c. 216; Magdeb. Fragen I 2, 26; vgl. v. Amira a. a. O. — Nur von der lediglichen Gewere bei Leihverhältnissen spricht der von allen Gegnern der mehrfachen Gewere angerufene Art. 14 § 2 des Sächsischen Lehnrechts: „doch mut enes die gewere sin“. Dies zeigt schon die Vergleichung mit Art. 38 § 2.

dessen, der eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse besitzt, einen „mittelbaren Besitz“ dessen anerkennt, von dem jener unmittelbare Besitz herrührt [15]). Auch daß sich über dem mittelbaren

[15]) BGB. § 868: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitz)“. — Die eingehende Untersuchung von Wendt a. a. O. verkennt das Wesen und die Bedeutung des mittelbaren Besitzes, den er nicht als wahren Besitz gelten läßt und zur Fiktion „ad unam tantum causam“ herabsetzen möchte (S. 47 ff.). Nach Wendt ist der Kern des mittelbaren Besitzes das einen Rückgabeanspruch begründende obligatorische Rechtsverhältnis (S. 44 ff.). Entscheidend aber ist vielmehr die durch ein derartiges Verhältnis fortdauernd behauptete thatsächliche Sachherrschaft, die anerkannte Position als Besitzherr, die Möglichkeit der Verfügung über die Sache. Darum ist es unrichtig, wenn Wendt dem Eigentümer oder Verlierer mittelbaren Besitz an der vom Finder besessenen Sache, dem Grundeigentümer mittelbaren Mitbesitz an dem vom Entdecker in Besitz genommenen Schatzfunde zuschreibt (S. 61). Es ist nicht abzusehen, warum dann nicht auch der Eigentümer durch den Dieb besitzen soll! Aber auch der mittelbare Besitz des Verpfänders, Vermieters, Verleihers, Hinterlegers usw. wird durch den Fortbestand der rechtlichen Verpflichtung zur Rückgabe nicht erhalten, wenn der unmittelbare Besitzer thatsächlich den Besitzherrn seiner Besitzherrschaft entsetzt, sich erfolgreich Eigenbesitz angemaßt oder Besitz ohne Vorbehalt des mittelbaren Besitzes übertragen hat. Andrerseits genügt ein putatives Schuldverhältnis. (Unrichtig ist, wie nebenbei bemerkt sein mag, auch Wendts Behauptung, daß über dem Erbbaurechtsbesitz, Erbpachtbesitz usw. kein mittelbarer Besitz stehe, weil die Beschränkung „auf Zeit“ fehle; dem ewigen Eigentum gegenüber liegt immer nur ein zeitweiliges Besitzverhältnis vor). — Aus seiner Wegdeutung der Besitznatur des mittelbaren Besitzes leitet Wendt die Berechtigung her, die Bedeutung des ganzen Institutes möglichst abzuschwächen. Er will das „auch“ des § 868 durch Auslegung wieder beseitigen und überall im Gesetzbuch unter „Besitz“ den mittelbaren Besitz nur da mitverstehen, wo er mitgenannt ist (S. 50 ff.). Das gerade umgekehrte Verfahren ist angezeigt; jede von „Besitz“ handelnde Vorschrift ist zugleich auf den mittelbaren Besitz zu beziehen, wenn nicht ein besonderer Grund zu restriktiver Interpretation nötigt; Fischer und Henle, Anm. 3 zu § 868. Von vornherein abzuweisen ist daher Wendts Versuch, den Besitzschutz des mittelbaren Besitzers zu verkümmern. Er versagt ihm das Selbsthilferecht und die Besitzschutzklagen gegenüber dem unmittelbaren Besitzer (S. 49, 51—52, 57, 60). Hiergegen vgl. Bekker a. a. O. S. 68 ff., dessen Ausführungen nur hinzuzufügen ist, daß bei Grundstücken ein weitaus dringlicheres Bedürfnis des Besitzschutzes auch gegen den unmittelbaren Besitzer besteht, als bei beweglichen Sachen. Am liebsten würde Wendt dem mittelbaren Besitzer auch gegen Dritte nur ein subsidiäres Klagerecht und kein Selbsthilferecht gewähren (S. 52 ff., 58 ff.). Auf sonstige irrige Konsequenzen der unrichtigen Grundauffassung, insbesondere auf die aus ihr gefolgerte Versagung der Vindikation gegen den mittelbaren Besitzer, ist später einzugehen.

Besitz in wiederholter Stufenfolge ein entfernterer mittelbarer Besitz erheben kann[16]), stimmt mit dem alten deutschen Rechte überein[17]). Doch erstreckt sich der Begriff des mittelbaren Besitzes auch auf Fälle, in denen die älteren Quellen eine gegenwärtige Gewere nicht zugestehen und nur die Vorstellung einer ruhenden oder anwartschaftlichen Gewere durchblicken lassen[18]). Mit allen diesen deutschrechtlichen Wandlungen rückt der Begriff des Besitzes weit von

---

[16]) BGB. § 871. So kann über unmittelbarem Verwahrungs- oder Leihbesitz mittelbarer Miets- oder Pachtbesitz, über diesem mittelbarer Nießbrauchsbesitz und über diesem mittelbarer Eigenbesitz stehen. Auch kann sich der mittelbare Besitz durch Unterverpachtung oder Untervermietung, Weiterverleihung, Weiterhinterlegung usw. vervielfältigen.

[17]) So können an demselben Gute Gewere nach Land-, Lehn- und Hofrecht, aber auch landrechtliche Eigen-, Erbleihe- und Pachtgewere zusammentreffen. Ebenso behält der Lehnsmann im Falle der Afterbelehnung seine Lehnsgewere; Sachsensp. Lehnr. a. 38 § 2.

[18]) Gegenwärtige Gewere hat, wer Fahrnis weggeben hat, niemals; wer an einer Liegenschaft der lediglichen Gewere entbehrt, nur dann, wenn er aus dem Gute Nutzen (Früchte, Zins oder Dienst) bezieht. Somit der Lehnsherr (vgl. Laband a. a. O. S. 160, Heusler, Gewere S. 125 ff., 160, Stobbe, Gewere 464 ff. und D. PR. II 17, Planck I 589 und 683; abweichend Heusler, Inst. II 28 ff., Huber S. 30, Lehmann a. a. O. S. 199); der Erbleiheherr oder Erbpachtherr (Arnold, Zur Geschichte des Eigentums S. 151 ff., Huber S. 28 ff.); der Zeitverpächter; der Vermieter; auch der Eigentümer des in Leibzuchtsgewere befindlichen Gutes, falls er einen obschon nur formalen Zins zu fordern hat (vgl. Schwabensp. c. 22, Hübner, Die donationes post obitum und die Schenkungen mit Vorbehalt des Nießbrauchs im älteren deutschen Recht, Unters. zur Deut. Staats- und Rechtsgesch. XXVI 116 ff., Huber, Schweiz. PR. IV 606 ff., Gewere S. 29, 31 ff.). Dagegen auch an liegendem Gute nicht der Eigentümer bei der regelmäßigen Leibzucht und bei der älteren Satzung. Immerhin aber ist die Eigengewere oder sonstige Obergewere nur stillgestellt und behält die Fähigkeit, bei Wegfall der ihre Wirksamkeit ausschließenden Gewere ohne Weiteres ihr Leben zu entfalten. Die Quellen schreiben dem Eigentümer den „Anfall" zu und sprechen von der Vererbung und Veräußerung des Anfalls (Rechtsb. n. Dist. I, 30 d. 1, Glogauer Rechtsb. c. 16, Pauli, Abhandl. II 35, 37, 38, Stobbe-Lehmann II § 85 Anm. 29); daß dabei der Gedanke einer ruhenden Gewere zu Grunde liegt, zeigt sich z. B. in der Anwendung der Auflassungsform bei der Übertragung von Eigentum mit Vorbehalt der Leibzucht (vgl. Hübner a. a. O. S. 87 ff., 113 ff.). Vgl. auch über ruhende Leibzuchtsgewere Sachsensp. I a. 45 § 2 mit Sächs. Lehnr. a. 2 § 3 und Richtst. Lehnr. c. 25. In ähnlicher Weise enspricht suspensiv bedingten Sachenrechten eine anwartschaftliche Gewere, die sich als solche durch ihre Begründungsform und ihre Wirkungen kundgiebt und eintretenden Falls von selbst in eine gegenwärtige Gewere übergeht. So bei der donatio post obitum (Hübner a. a. O. S. 16 ff. und 46 ff.) und bei dem Gedinge des Lehnrechts (Sachsensp. Lehnr. a. 57 § 1, a. 10 § 4, Albrecht a. a. O. S. 284 ff.).

seinem römischen Urbilde ab. Am schroffsten aber trennt er sich von ihm durch die von der Gewere übernommene Vererblichkeit. „Der Besitz geht auf den Erben über" (§ 857). Hiermit allein schon wird es unmöglich, wie immer man über das Wesen der possessio denken mag, den Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches als ein nur thatsächliches Verhältnis aufzufassen. Dieser Besitz ist gleich der Gewere ein selbständiges Rechtsverhältnis und zwar gleich ihr ein Rechtsverhältnis des Sachenrechts.

III. Römisches und germanisches Recht haben aber nicht nur bei der Bildung des neuen Besitzesbegriffes, sondern vor Allem bei der neuen Regelung der Wirkungen des Besitzes zusammengewirkt.

Das römische Recht verknüpfte mit der possessio als solcher in erster Linie den Anspruch auf vorläufigen Schutz gegen fremde Eingriffe und schuf zu diesem Behuf die selbständigen possessorischen Interdikte. Es verlieh ferner der possessio die Bedeutung einer Grundlage für den Rechtserwerb durch Ersitzung. Dazu überwies es der possessio die Rolle des originären Eigentumserwerbsmittels bei der Okkupation und des Eigentumsübertragungsmittels bei der Tradition. Im Übrigen legte es der possessio mancherlei einzelne Wirkungen bei, wie sie namentlich bei der Ordnung des Eigentumsstreites und in der Lehre vom Fruchterwerbe hervortreten. Weit umfassender waren die Funktionen der germanischen Gewere. Als Kleid des Sachenrechtes ist sie die rechtlich anerkannte Erscheinungsform aller dinglichen Rechte. Jede Gewere ist der Ausdruck eines in ihr behaupteten dinglichen Rechts und jedes dingliche Recht hat den Anspruch auf Darstellung in einer Gewere. Es ist möglich, daß Gewere und dingliches Recht auseinanderfallen. Dann gebührt dem inneren Verhältnisse der Vorrang vor der äußeren Hülle; das wahre Recht hat die Macht, die Form des Rechtes zu zerbrechen, wenn diese sich als trügerisch erweist. So lange aber, bis sie gehörig gebrochen ist, hat die Gewere den Schein des Rechtes für sich und drängt die Frage nach dem materiellen Sachenrecht in den Hintergrund. Die Gewere begründet eine Vermutung für das Dasein des in ihr erscheinenden Rechts. Darum verbindet sie mit solchen Funktionen, die denen der possessio verwandt sind, die Funktion eines allgemeinen sachenrechtlichen Legitimationsmittels. Im Einzelnen spielt sie vor Allem bei der Verteidigung, der Verwirklichung und der Übertragung von Sachherr-

schaft eine ausschlaggebende Rolle[19]). Sie erleichtert die Rechtsverteidigung. Gewere soll nur mit Urteil und Recht gebrochen werden; bis sie vor Gericht als hinfällig dargethan ist, hat sie Anspruch auf Fortbestand[20]). Jedem außergerichtlichen Angriffe gegenüber ist zum Schutze der Gewere Selbsthülfe mit allen Mitteln erlaubt. Gegen einen gerichtlichen Angriff muß die Gewere mit den Waffen des Rechtes verteidigt werden, verschafft aber im Streit um das Recht die günstigere Prozeßlage[21]). Steht Gewere gegen Gewere, so entscheidet über die Zuteilung der Prozeßvorteile die stärkere Gewere[22]). Die Gewere giebt aber auch einen Anspruch auf Herstellung des ihr entsprechenden Zustandes und dient daher zugleich der Rechtsverwirklichung. Sie erleichtert den Angriff gegen eine ihr widersprechende Sachherrschaft. Eine ihr entgegenstehende fremde Gewere muß freilich erst mit Recht gebrochen werden: das Recht liefert aber der besseren Gewere auch für den Angriff geeignete Waffen. Hierher gehören die Rechtsbehelfe, die der ideellen Gewere zu Gebote stehen, um die ihr gemäße thatsächliche Sachherrschaft an sich zu ziehen und widerstrebende leibliche Gewere zu

---

[19]) So unterscheidet auch Huber a. a. O. S. 8 ff. die defensive, offensive und translative Funktion der Gewere.

[20]) Treuga Henrici § 11; Sachsensp. II a. 24, a. 36 § 8, a. 70, Lehnr. a. 38 § 4; Stadtr. v. Freiburg i. Ue. v. 1249 § 61; Heusler, Inst. II 42 ff.; Huber S. 8 ff.

[21]) Also nach dem Bau des germanischen Prozeßrechts vor Allem den Vorzug des Beweisrechts: wer die Gewere hat, ist näher zum Beweise. Vgl. Sachsensp. I a. 20 § 4—5 und 7, III a. 32 § 6; Richtst. Landr. c. 20 A § 2; Richtst. Lehnr. c. 28 § 2; Schwäb. Lehnr. a. 10b; v. Bar a. a. O. S. 130 ff., Z. f. Rechtsgesch. X 108 ff.; Laband, Vermögensr. Kl. S. 166 ff., Krit. V. Schr. XV 380 ff.; Heusler, Gewere S. 72 ff., 224 ff.; Planck I 500 ff.; Stobbe-Lehmann II § 86 Z. 6.

[22]) Welche Gewere die stärkere ist, ergiebt sich in den einzelnen Kollisionsfällen aus sehr verschiedenen Gesichtspunkten. Einzelne Entscheidungen finden sich z. B. im Sachsensp. II a. 43 § 1 (Vorzug der Eigengewere vor der Lehnsgewere im Landgericht, wobei wohl an Berufung des Einen auf landgerichtliche Auflassung, des Anderen auf lehngerichtliche Verleihung zu denken ist, während kein Teil hebbende Gewere hat, vgl. Richtst. Landr. c. 27 § 1); im Sachsensp. II a. 43 § 2 und Richtst. Landr. c. 26 § 5 (Vorzug der Erbengewere vor der Gewere aus Kauf oder Gabe); im Sächs. Lehnr. a. 41 und Schwäb. Lehnr. c. 74 (Vorzug der Lehnsgewere vor der Gewere des Herrn im Lehngericht). Die stärkste Gewere ist die rechte Gewere; Sachsensp. I a. 9 § 5 mit II a. 44 § 1; vgl. unten Anm. 30.

überwinden[23]. Desgleichen die Rechtsmittel aus ganz oder teilweise ruhender und aus anwartschaftlicher Gewere, mit denen der Wiedereintritt oder Eintritt ihrer Wirksamkeit bethätigt und gegen grundlos gewordene fremde Gewere durchgesetzt wird[24]; insbesondere die Klage auf Herausgabe des zu beschränkter Gewere anvertrauten Gutes, die nach Erledigung des fremden Besitzrechts als Liegen-

[23]) Die leibliche Gewere geht vor, wenn sie der ideellen Gewere gegenüber einen selbständigen Rechtsgrund für sich hat. So wirkt die Erbengewere nicht gegenüber der vor dem Erbfalle erlangten leiblichen Gewere eines Dritten; die Urteilsgewere nicht gegen den, dem die Gewere nicht aberkannt ist (Heusler, Inst. II 37); die Gewere aus Auflassung nicht gegenüber älterer leiblicher Gewere eines Dritten (Sachsensp. III a. 82 § 2; wohl aber gegenüber jüngerer leiblicher Gewere, die der Veräußerer einem Dritten, sei es auch mit zweiter Auflassung, eingeräumt hat, Laband S. 272 ff., Stobbe-Lehmann II 189, Huber S. 35, Richtst. Lehnr. c. 29 § 1). Auch behauptet sich die leibliche Gewere, falls sie der ideellen Gewere gegenüber den mangelnden Rechtsgrund durch unangefochtenen Bestand von Jahr und Tag ersetzt hat oder gar zur rechten Gewere geworden ist; Sächs. Lehnr. a. 22 § 4, Richtst. Lehnr. c. 29 § 7. Im Übrigen mag sich, wer die ideelle Gewere hat, des Besitzes bemächtigten; Albrecht S. 28, 70, 285, Heusler, Inst. II 33 ff., 562 ff., Huber S. 35 und 38; über Besitzergreifung (Unterwindung) auf Grund erfolgter Auflassung Beseler, Erbvertr. I 33, Bewer, Sala, Traditio, Vestitura (Rostock 1880) S. 36 und 83, Stobbe-Lehmann II 373; über Besitzergreifung des Erben Behrend, Anevang und Erbengewere (Berlin 1885) S. 36 ff., 50 ff. Gelingt ihm dies nicht, so kann er, wenn ihm die Gewere durch Urteil oder auf Grund gerichtlicher Auflassung zuerkannt ist, richterliche Besitzeinweisung fordern; Stobbe, Gewere S. 201 ff. Sonst muß er klagen, hat aber den beweisrechtlichen Vorzug des Gewereinhabers. Hierin äußert sich namentlich die praktische Bedeutung der Fortdauer der Gewere des Entwerten (Laband S. 185 ff., Heusler, Gewere S. 269 ff., Inst. II 38 und 46, Planck I 534 ff., Lehmann b. Stobbe II 212) und der Erbengewere (Heusler, Gewere S. 181 ff. Inst. II 40 ff., Planck I 528 ff.; über das teilweise ausgebildete besondere gerichtliche Besitzeinweisungsverfahren zu Gunsten des Erben vgl. Behrend a. a. O. S. 7 ff., Heusler, Inst. II § 179).

[24]) Ist die entgegenstehende Gewere überhaupt erloschen, so kann sich der Anfallsberechtigte der Sache bemächtigen; so der Eigentümer beim Tode des Leibzüchters, der Lehnsherr beim Heimfalle des Lehns (Sächs. Lehnr. a. 57 § 2); desgleichen der Anwärter (Sächs. Lehnr. a. 10 § 4, a. 57 § 2—3, Schwäb. Lehnr. c. 13 § 1, c. 20 § 2—3). Hat die Gewere nur durch Wegfall des in ihr erscheinenden Rechts den Rechtsgrund eingebüßt, so bedarf es der Klage; so, wenn der Verpfänder, Verleiher, Verpächter usw. die Wiedereinräumung der Sachherrschaft fordert, wenn sie ihm nach Erledigung des Rechtsverhältnisses vorbehalten wird; vgl. Laband S. 132 ff., 252 ff., Huber S. 10 ff. Der Kläger kann aber, sobald die Erledigung des Besitzrechts des Gegners feststeht, der Klage seine ältere Gewere zu Grunde legen und braucht auf sein materielles Recht erst zurückzugehen, wenn ihm ein materielles Recht entgegengestellt wird.

schaftsklage gegen Jedermann, als Fahrnisklage aber nur gegen den, in dessen Hand die Sache gegeben war, angestellt werden kann[25]). Nicht minder die auf frühere Gewere gestützte Klage, die stets dann, wenn die Gewere ihrem Inhaber wider Willen entzogen ist, Gehör findet und auch als Fahrnisklage gegen Jedermann geht[26]). Die Gewere dient endlich der Rechtsübertragung, indem, wie sie das Kleid des Sachenrechtes ist, so der Wechsel in der Trägerschaft dieses Kleides die allgemeine Form für den Übergang des Sachenrechtes bildet. Darum ist die Einräumung von Gewere das Übertragungsmittel für Eigentum und jedes andere dingliche Recht. Das deutsche Recht hat den Gedanken, daß erst mit dem Erwerbe der Gewere sich der Erwerb des in ihr erscheinenden Rechts vollendet, folgerichtig durchgeführt. Es hat ihm aber im Fahrnisrecht und im Liegenschaftsrecht eine verschiedene Wendung gegeben und gerade hierdurch den ungleichartigen Ausbau beider Gebiete ermöglicht. Im Fahrnisrecht hat es an der ausschließlichen Verwendung der Einräumung leiblicher Gewere als Rechtsübertragungsmittel festgehalten; hier bindet es daher die Übertragung von Rechtsherrschaft an den Wechsel in der sinnlich wahrnehmbaren Inhabung. Im Liegenschaftsrecht dagegen hat es mehr und mehr die Begründung ideeller Gewere zum Rechtsübertragungsmittel erhoben; hier verlegt es die Kraft der Ersichtlichmachung des rechtsverändernden Vorganges in dessen öffentliche Bekundung. Die Gewere verschafft aber zugleich die Legitimation zur Übertragung von Sachenrecht[27]). Als formale Sachherrschaft enthält sie formale Verfügungsmacht und legitimiert daher im Rechtsverkehre. Um Ge-

---

[25]) Zur Begründung der Liegenschaftsklage genügt daher die Behauptung, daß der Beklagte zu Unrecht (malo ordine) besitze; Hübner, Der Immobiliarprozeß der fränkischen Zeit (Unters. z. D. St. u. RG. 9. XLII) S. 73 ff.; Laband S. 259 ff.; Huber S. 12. Zur Begründung der Fahrnisklage dagegen ist wegen des Satzes „Hand wahre Hand" die Behauptung erforderlich, daß der Gegner die Sache auf Grund eines ihn zur Rückgabe an den Kläger verpflichtenden Titels in seiner Gewere habe; Sachsensp. I a. 15, II a. 60; Laband S. 132 ff.; Huber S. 11 ff.

[26]) Sie kann auch bei Liegenschaften vorkommen; allein so lange hier die Gewere des Entwerten fortdauert, hat dieser die weit kräftigere Klage aus gegenwärtiger (ideeller) Gewere, die dem Beklagten die Prozeßvorteile des Gewereinhabers abschneidet; oben Anm. 23. Über die Fahrnisklage vgl. unten Kap. IV Anm. 50—51.

[27]) Huber S. 19 ff., 50 ff.

were einzuräumen, muß man Gewere haben[28]). Somit ist die Verfügungsmacht des Verfügungsberechtigten durch Art und Maß seiner Gewere bedingt. Andrerseits verschafft auch Gewere ohne Verfügungsrecht eine formale Verfügungsmacht[29]). Hiermit ist freilich an sich keineswegs die Rechtsübertragung durch den Nichtberechtigten ermöglicht. Vielmehr hindert der Mangel im Rechte des Vorgängers auch dann, wenn die erforderliche Gewere erworben ist, den Erwerb des in ihr erscheinenden Rechts. Allein jedenfalls ist der Schein des Rechts mit der ihm entspringenden Vermutung für das Dasein des Rechts und den daran geknüpften Vorteilen erworben. Und im Erfolge kann die übertragene Gewere das anscheinend in ihr übertragene Recht selbst nach sich ziehen. Im Fahrnisrecht schützt die Beschränkung der Rechtsverfolgung an den freiwillig weggegebenen Sachen durch den Satz „Hand wahre Hand“ den dritten Erwerber, dem die leibliche Gewere von dem äußerlich legitimierten Sachherrn gehörig übertragen ist, vor der Anfechtung des von ihm behaupteten Rechts durch den wahren Sachherrn. Im Liegenschaftsrecht aber tritt hier namentlich das Institut der rechten Gewere mit ihrer Mängel heilenden Kraft ergänzend ein[30]).

---

[28]) Für das Fahrnisrecht folgt dies aus dem Erfordernis leiblicher Uebergabe; für das Liegenschaftsrecht vgl. Rechtsb. n. Dist. II, 4 d. 8, Sächs. Lehnr. a. 44 § 1 und Glosse dazu b. Homeyer S. 361, Vetus auctor de beneficiis I § 123; dazu Huber S. 20 ff.

[29]) Huber S. 21 und 51.

[30]) Albrecht S. 99 ff.; Stobbe, Gewere S. 467 ff., D. PR. II § 74; v. Bar a. a. O. S. 206 ff.; Laband S. 292 ff.; R. Löning, Der Vertragsbruch I 442 ff.; Heusler, Gewere S. 237 ff., Inst. II 103 ff.; Planck I 627 ff., 633 ff., 641 ff.; Sohm, Z. f. RG. XIV 53 ff.; Brunner ib. XVII 235 ff. (Forschungen S. 736 ff.); von Duhn, Deutschrechtliche Arbeiten (Lübeck 1877) S. 1 ff.; Immerwahr, Die Verschweigung im Deut. R. (Unters. z. D. St. u. RG. XLVIII) S. 26 ff.; Schröder S. 689 ff.; Lehmann b. Stobbe II § 87; Huber S. 15 und 51. Rechte Gewere ist gehörig begründete Gewere, die Jahr und Tag ohne gerichtliche Anfechtung bestanden hat. Wie die Forschungen von Brunner, Sohm, Heusler, Planck, Duhn, Immerwahr u. A. im Gegensatz zu der früher durch Laband zur Herrschaft gebrachten Auffassung außer Zweifel gestellt haben, war gemäß der Entwicklung der rechten Gewere aus dem mit der gerichtlichen Auflassung verbundenen richterlichen Aufgebot ursprünglich eine durch gerichtliche Auflassung erworbene Gewere erforderlich. Leibliche Gewere dagegen war nicht unerläßlich; Immerwahr S. 25, Lehmann a. a. O. Anm. 12; a. M. Heusler, Gewere S. 242 ff., Inst. II 106 Anm. 13. Die Wirkung der rechten Gewere ist einerseits die stärkste prozeßrechtliche Sicherung, indem sie ihren Rechtfertigungsgrund in sich selbst trägt; wer sie für sich hat, kann nach sächsischem Recht (Sachsensp.

Das bürgerliche Gesetzbuch behandelt in dem Abschnitte, den es ausdrücklich dem Besitze widmet, von den Besitzwirkungen ausschließlich den Besitzschutz. Soweit hier vom Schutze des Besitzes durch Selbsthülfe die Rede ist, lassen sich römisches und germanisches Recht gleichmäßig als Quelle ansprechen. Dagegen sind die vom Gesetzbuche gewährten gerichtlichen Besitzschutzmittel römischer Herkunft. Das germanische Recht kannte keine selbständigen possessorischen Rechtsmittel; die Frage, wem die Gewere oder die bessere Gewere zustehe, wurde im Streitverfahren um das Recht selbst entschieden; Hauptzweck der Vorentscheidung über die Gewere war die Herstellung der richtigen Prozeßlage und nur als Nebenfolge ergab sich unter Umständen zugleich die vorläufige gerichtliche Regelung des Besitzstandes[31]). Gerade hieraus entsprang bekannt-

I a. 9 § 5, Laband S. 336 ff.) jedem Angriffe gegenüber die Rechtmäßigkeit seiner Sachherrschaft durch einfachen Eid erhärten; das salfränkische Recht forderte nicht einmal einen Eid (Brunner a. a. O. S. 238 ff., bez. S. 740 ff.). Andrerseits gewährt die rechte Gewere auch eine gesteigerte materiellrechtliche Sicherung, indem mit ihrem Eintritte die regelmäßige Verschweigung der nicht etwa schon vorher (in Folge Anwesenheit oder verschuldeter Abwesenheit bei der gerichtlichen Auflassung) verschwiegenen Anfechtungsrechte Dritter zusammenfällt; vgl. Gierke, Deut. PR. I 311 ff. Immerhin ist sie nicht schlechthin unanfechtbar, kann vielmehr noch auf Grund eines widerstreitenden materiellen Sachenrechts angefochten werden, wenn diesem ein Anfechtungsrecht entspringt, dessen Verschweigung einen längeren Zeitraum erforderte. So das Anfechtungsrecht des durch echte Not, Abwesenheit oder Unmündigkeit Behinderten; Gierke a. a. O. S. 312 Anm. 15, Stobbe-Lehmann II § 87 Anm. 8, Immerwahr S. 18 ff. Zum Teil auch das Anfechtungsrecht des wahren Erben, wenn ein Nichterbe veräußert hat; Sachsensp. I a. 29, Richtst. Landr. a. 23 § 7, a. 27 § 2, Gierke a. a. O. S. 311 Anm. 14.

[31]) Duncker, Z. f. Deut. R. II, 2 S. 34 ff.; Homeyer, Sachsensp. II, 2 S. 407; Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart S. 285 ff.; Delbrück, Z. f. Deut. R. XIV 241 ff.; Laband a. a. O. S. 173 ff., 188 ff., 205 ff.; Heusler, Gewere S. 257 ff., Inst. II 45 ff.; Huber S. 66 ff.; Stobbe-Lehmann II 210 ff. — Für den Beweis der Gewere galten besondere Regeln, deren Grundlage der Satz bildet, daß die nachgewiesene ältere Gewere so lange als fortbestehend angenommen wird, bis ihre Verdrängung durch jüngere Gewere nachgewiesen ist; Richtst. Lehnr. c. 29 § 2, Münchener Stadtr. a. 106, Laband S. 201 ff., Heusler, Gewere S. 100 ff., 258. Liegt anscheinend Alles gleich, so entscheidet Nachbarnzeugnis; bleibt auch die Umfrage bei den Nachbarn ergebnislos, so wird die Gewere gleich geteilt, es kann aber auch ein Gottesurteil begehrt werden; Sachsensp. III a. 21, Lehnr. a. 40, Vetus auctor I § 98—100, Richtst. Landr. c. 26 § 6, Richtst. Lehnr. c. 29 § 3—5. — Im späteren Mittelalter wurde aus dem vorhandenen Keime unter dem Einflusse des kanonischen Rechts teilweise ein selbständiges Besitzschutzverfahren ausgebildet; Bruns S. 326 ff., Stobbe-Leh-

lich bei der Umbildung der aufgenommenen römischen possessorischen Interdikte neben anderen Folgen, auf die später zurückzukommen sein wird, eine Verdunkelung der Besitzschutzklagen durch Einmischung petitorischer Elemente[32]). Das bürgerliche Gesetzbuch stellt den rein possessorischen Charakter der von ihm ohne Unterschied von Liegenschaftsbesitz und Fahrnisbesitz gewährten Ansprüche wegen Besitzentziehung und wegen Besitzstörung wieder her[33]). Die Einwirkung des germanischen Rechts tritt vornehmlich nur in der durch die Erweiterung des Besitzesbegriffes bedingten Ausdehnung des Besitzschutzes hervor. Genießt ihn doch der Mieter auch gegen den Vermieter, der Pächter gegen den Verpächter, ja der Verwahrer gegen den Hinterleger!

Von den Wirkungen, die das bürgerliche Gesetzbuch an anderen Stellen mit dem Besitze verknüpft, ist namentlich seine Bedeutung für die Ersitzung römischen Ursprungs. Doch ist der Einfluß des deutschen Rechts in der starken Herabminderung dieser Bedeutung zu verspüren. Die ordentliche Ersitzung des bisherigen Rechtes fällt weg. Im Fahrnisrecht bleibt eine außerordentliche Ersitzung von Eigentum und Nießbrauch auf Grund eines zehnjährigen gutgläubigen Eigen- oder Nießbrauchsbesitzes anerkannt[34]). Im Liegenschaftsrecht wird für das Eigentum und solche dinglichen Rechte, die mit Sachbesitz verknüpft oder mit Rechtsbesitzschutz ausgestattet sind, eine Tabularersitzung eingeführt, für die dreißigjähriger Bucheintrag die Grundlage und Besitz nur ein begleitendes Erfordernis bildet[35]). Daneben findet nur höchst ausnahmsweise die Ersitzung von Eigentum ohne Bucheintrag und sogar gegen

---

mann II 231, Schröder, Z. f. Deut. Altertum XIII 161 ff., Z. f. RG. VII 131 ff., VIII 163 ff.

[32]) Vgl. unten Kap. IV Nr. I.

[33]) Vgl. § 863. — Auch der dritte, nur für den Fahrnisbesitz in Betracht kommende Besitzschutzanspruch des § 867 (Abholungsinterdikt) wird von dem gleichen petitorischen Anspruche des § 1005 peinlich geschieden.

[34]) BGB. § 937—945, 1033.

[35]) BGB. § 900. — Eine vom Besitz unabhängige (dreijährige) Tabularersitzung kennt das Oesterr. GB. § 1467 und 1469; sie hat aber durch das Ges. v. 25. Juli 1871 § 61 ff. die Eigenschaft einer Ersitzung eingebüßt; Unger, Oesterr. PR. II § 104—105, Krainz I 589 ff. Die (fünfjährige) Tabularersitzung des Großh. Hess. Ges. v. 21. Febr. 1852 A. 27 setzt umgekehrt außer der Eintragung die übrigen Erfordernisse der Ersitzung voraus; Stobbe-Lehmann § 112 Anm. 21.

den Bucheintrag auf Grund eines dreißigjährigen Eigenbesitzes statt[36].

Als Mittel des Rechtserwerbes hat der Besitz im Fahrnisrecht die Funktionen sowohl der possessio wie der Gewere übernommen. Mit dem römischen wie mit dem deutschen Rechte stimmt die ihm bei dem originären und derivativen Erwerbe des Eigentums an beweglichen Sachen zugewiesene Rolle überein. Doch ist gegenüber dem älteren deutschen Recht und sogar gegenüber dem römischen Recht die Möglichkeit der Eigentumsübertragung durch Besitzübertragungsformen, bei denen ein Wechsel der leiblichen Inhabung nicht vor sich geht, erweitert[37], ja die Möglichkeit einer Eigentumsübertragung ohne alle Besitzübertragung anerkannt[38]. Im Gegensatz zum römischen und im Einklang mit dem deutschen Recht erhebt das bürgerliche Gesetzbuch den Besitz auch zum Erwerbsmittel für begrenzte dingliche Rechte an beweglichen Sachen. Dabei läßt es zur Begründung des Nießbrauches alle zur Übertragung des Eigentums geeigneten Formen ausreichen (§ 1032), stellt dagegen für die Begründung des Pfandrechts in Annäherung an das deutsche Recht strengere Anforderungen[39]. Aus dem Liegen-

36) BGB. § 927. Der Erwerb des Eigentums erfolgt aber auch hier erst durch Eintragung.

37) Die Uebergabe kurzer Hand (traditio brevi manu) genügt auch dann, wenn sie nicht bisherigen unmittelbaren, sondern nur bisherigen mittelbaren Lehnbesitz in Eigenbesitz verwandelt (§ 929 S. 2); der Eigentümer kann also z. B. dem Nießbraucher an der von diesem verliehenen oder vermieteten Sache durch nackte Willenseinigung Eigentum übertragen. Durch constitutum possessorium geht das Eigentum über, sobald es dem Erwerber mittelbaren Besitz verschafft (§ 930). Die Uebertragung des mittelbaren Besitzes durch Anspruchsabtretung (§ 870) reicht aus (§ 931). — Das ältere deutsche Recht forderte leibliche Gewere des Erwerbes. Auch das constitutum possessorium, dessen Einbürgerung behufs Übertragung liegenschaftlicher Gewere durch das allmähliche Fallenlassen der ursprünglich erforderlichen, den Besitzwechsel offenkundig machenden sessio triduana vermittelt wurde, blieb dem Fahrnisrechte fremd, wie ja noch neuere deutsche Partikulargesetze ihm die Wirksamkeit versagen (Stobbe-Lehmann II § 108 Anm. 8). Die allgemeine Zulassung der Vindikationszession als Eigentumsübertragungsmittel geht auch über das römische Recht hinaus.

38) Die Übergabe kurzer Hand überträgt auch Eigentum, wenn der Besitz des Erwerbers nicht vom Eigentümer herrührt und somit von diesem mittelbarer Eigenbesitz nicht aufgegeben wird. Ebenso geht durch Vindikationszession das Eigentum auch dann über, wenn sie nicht zugleich mittelbaren Besitz überträgt.

39) Nach § 1205 ist hier das constitum possessorium ganz ausgeschlossen, die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe aber nur wirksam, wenn sie

schaftsrechte ist die römischrechtliche Bedeutung des Besitzes für den Eigentumserwerb völlig verdrängt[40]. Seine Funktionen hat hier der Bucheintrag übernommen, der zugleich für alle sonstigen dinglichen Rechte die einst der ideellen Gewere zugewiesene Rolle fortspielt[41].

Auf rein deutschrechtlicher Grundlage beruht die Funktion des Besitzes als Legitimationsmittel im Rechtsverkehr. Das bürgerliche Gesetzbuch verknüpft vor Allem durch die Regeln, die dem Satze „Hand wahre Hand“ entstammen, mit dem Besitze im Bereiche des Fahrnisverkehrs eine ähnliche formale Verfügungsmacht, wie sie einst der Gewere anhaftete. Damit die äußere Legitimation durch den Besitz das wahre Recht überwinde, fordert es in wesentlichem Einklange mit dem alten Recht einen offensichtlichen Besitzwechsel[42]. Es schützt aber den redlichen Erwerber nicht blos durch Versagung der Verfolgbarkeit des widerstreitenden Rechtes, sondern läßt ihn mit dem Besitze unmittelbar die dingliche Rechtsstellung erlangen, die zu erlangen er erwarten durfte[43]. Auch in einer Reihe anderer Beziehungen ist die Legitimationskraft des Fahrnisbesitzes anerkannt[44]. Im Liegenschaftsverkehre dagegen giebt der Besitz keinerlei formale Verfügungsmacht. Hier aber ist die Legitimationskraft der Gewere auf den Bucheintrag übergegangen und durch die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuches dahin verstärkt,

---

mittelbaren Besitz überträgt und eine Anzeige an den unmittelbaren Besitzer hinzutritt.

[40]) Nicht einmal der Eigentumsverlust durch Verzicht und der Eigentumserwerb durch Aneignung des herrenlos gewordenen Grundstücks vollziehen sich mittels Aufgebens und Ergreifens des Besitzes, sondern mittels Bucheintrages; § 928.

[41]) BGB. § 873 ff.

[42]) Die Übergabe kurzer Hand genügt nur, wenn der Besitz vom Veräußerer erlangt war (§ 932 Abs. 1 S. 2, § 936 Abs. 1 S. 2, § 1032, § 1208 S. 2); das constitutum possessorium nur in Verbindung mit späterer Übergabe (§ 933, § 936 Abs. 1 S. 3, § 1032); die Anspruchsabtretung nur, wenn sie mittelbaren Besitz überträgt oder Erlangung des Besitzes vom Dritten hinzutritt (§ 934, § 936 Abs. 1 S. 3, § 1032; dazu die Beschränkung ihrer Wirksamkeit durch § 936 Abs. 3 nebst § 1208 S. 2). Vgl. auch § 926 Abs. 2. Näheres unten Kap. III S. 41 ff.

[43]) BGB. § 932—936, 1032, 1207—1208. So ja schon das HGB. a. 306. Dafür ist stets guter Glaube erforderlich, auf den es im deutschen Rechte ursprünglich bei dem Satze „Hand wahre Hand“ nicht ankam und im französischen Recht noch heute nicht ankommt (R. Ger. XXVIII Nr. 88).

[44]) Vgl. unten Kap. II Anm. 25—29, 35—36.

daß, wer dem buchmäßigen Scheine traut, unmittelbar trotz eines Mangels im Rechte dessen, mit dem er sich einläßt, den Rechtserfolg erzielt, den ihm das Buch verhieß[45]).

Inwieweit zu den Wirkungen, die das bürgerliche Gesetzbuch hinsichtlich des Fruchterwerbes (§§ 955—957), des Überganges der Gefahr (§ 446), der Haftung für die Sache (§§ 836—838) und sonst in einzelnen Punkten (vgl. z. B. § 221 und § 268 Abs. 1 S. 2) dem Besitze zuschreibt, das fremde und das einheimische Recht Beiräge geliefert haben, mag hier ununtersucht bleiben. Wir wenden uns nun vielmehr zu der uns besonders beschäftigenden Frage, wie es mit der Bedeutung des Besitzes für den Streit um das dingliche Recht steht.

Das bürgerliche Gesetzbuch gewährt zum Schutze des Eigentums und anderer dinglicher Rechte neben den jedem Rechte zur Seite stehenden Feststellungsklagen und den gegen bestimmte Verpflichtete begründeten Leistungsklagen besonders ausgestaltete dingliche Klagen, die im Allgemeinen nach römischem Vorbilde geregelt sind. Es giebt vor Allem dem Eigentümer, ohne hierbei zwischen liegendem Gut und fahrender Habe irgendwie zu unterscheiden, die Vindikation (§§ 985—1003) und die Negatorienklage (§ 1004)[46]). Die Vorschriften über die Vindikation finden auf solche begrenzten dinglichen Rechte, die einen Anspruch auf Sachbesitz begründen, die Vorschriften über die Negatorienklage auch auf andere dingliche Rechte entsprechende Anwendung[47]). Gegenüber der Vindikation und den anderen auf Herausgabe der Sache gerichteten dinglichen Klagen verschafft der Besitz und nur der Besitz die Passivlegitima-

---

[45]) BGB. § 892—893. Der Bucheintrag hat somit zugleich, wie sich dies auch geschichtlich durch Zwischenstufen hindurch verfolgen läßt, die Funktion der rechten Gewere (oben Anm. 30) an sich gezogen.

[46]) Daneben als dritten Eigentumsanspruch den nur auf Fahrnis bezüglichen Abholungsanspruch des § 1005.

[47]) Bei dem Erbbaurechte wird in § 1017 Abs. 2, bei dem Nießbrauche in § 1065, bei dem Fahrnispfandrechte in § 1227 schlechthin auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Ansprüche aus dem Eigentum verwiesen. Bei den Grunddienstbarkeiten und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, denen zugleich Rechtsbesitzschutz gewährt ist (§ 1029, 1090 Abs. 2), soll der petitorische Schutz sich nach dem Vorbilde des negatorischen Eigentumsanspruches aus § 1004 richten (§ 1027, 1090 Abs. 2), steht aber unter Umständen dem Vindikationsschutze innerlich näher. Dem Schutz aus § 1004 verwandt ist der dem Hypothekengläubiger, Grundschuldgläubiger und Rentenschuldgläubiger durch § 1134—1135 (mit § 1192 und 1199) gewährte dingliche Schutz.

tion[48]. In jedem Falle ist überdies mit dem Besitze der Vorteil der Verteidigungsstellung verbunden.

In drei Richtungen aber greifen in das System der dinglichen Klagen deutschrechtliche Sätze, die dem System der Gewere entstammen, abwandelnd ein, die Bedeutung des Besitzes für das Fahrnisrecht außerordentlich steigernd und für das Liegenschaftsrecht stark herabdrückend.

Erstens ist, wie im Folgenden zunächst gezeigt werden soll (Kap. II), die an die Gewere geknüpfte Vermutung für die Übereinstimmung der wirklichen dinglichen Rechtslage mit ihrer äußeren Erscheinung im Fahrnisrecht auf den Besitz, im Liegenschaftsrecht auf den Bucheintrag übergegangen. Dadurch gewinnt im Streite um Eigentum oder dingliches Recht an beweglichen Sachen der Besitz eine selbständige Bedeutung, die sowohl dem gegenwärtigen wie dem früheren Besitzer zugute kommen und von ihm nicht nur für die Verteidigung, sondern auch für den Angriff verwertet werden kann. Im Streite um Eigentum oder dingliches Recht an Grundstücken entzieht umgekehrt die Verstärkung jeder Verteidigungs- oder Angriffsstellung durch den buchmäßigen Schein dem Besitze den wesentlichen Inhalt der Prozeßvorteile.

Zweitens verschafft, wie sodann darzulegen sein wird (Kap. III), im Fahrnisrechte der gegenwärtige Besitz als solcher insofern dem Angegriffenen ein dinglich wirksames Verteidigungsmittel, als jeder Besitzer Einwendungen, die ihm gegen den Anspruch des früheren Eigentümers auf Herausgabe der Sache zustehen, auch einem neuen Eigentümer oder sonstigen dinglichen Rechtsnachfolger dann entgegensetzen kann, wenn dieser sein Recht durch Anspruchsabtretung und somit ohne Zuthun des belangten Besitzers erworben hat.

Drittens gewährt, wovon wir am Schluß zu handeln haben werden (Kap. IV), im Fahrnisrecht der frühere Besitz als solcher eine dingliche Angriffswaffe. Denn nach dem Vorbilde der Fahrnisklage aus unfreiwillig verlorner Gewere ist ein petitorischer Anspruch aus ehemaligem Besitz auf Herausgabe der Sache anerkannt. Diese deutschrechtliche Besitzrechtsklage dient zugleich als Ersatz der nicht aufgenommenen römischrechtlichen Publizianischen Klage, die für das Liegenschaftsrecht ersatzlos wegfällt.

---

[48]) § 985. Bei der Negatorienklage ist Besitz weder zur Aktivlegitimation noch zur Passivlegitimation erforderlich, schließt aber andrerseits weder jene noch diese aus.

IV. So ist, wie schon die vorstehende Übersicht ergiebt, von der Hinterlassenschaft der Gewere ein gutes Stück dem neuen bürgerlichen Rechte einverleibt. Faßt man die hierher gehörigen Bestandteile des Besitzrechts und des Grundbuchrechts in ihrem inneren Zusammenhange und in ihrem äußeren Ergänzungsverhältnisse auf, so wird man behaupten dürfen, daß auch der Grundgedanke des Systems der Gewere nicht verloren ist. Als sachenrechtliches Kleid, als allgemeine Erscheinungsform der dinglichen Rechtslage, als ein bis zum Bruch des Scheines durch widerstreitendes wahres Recht wirksames formales Rechtsverhältnis soll sich ja künftig in der That für fahrende Habe der Besitz und für liegendes Gut der Bucheintrag bethätigen. Auch umspannt dort der Besitz und hier der Bucheintrag den ganzen Kreis der als möglich anerkannten dinglichen Rechte. Andererseits können freilich der Besitz wie der Bucheintrag auch persönliche Rechte zur Erscheinung bringen. Allein insoweit reicht eben die sachenrechtliche Form weiter als das materielle Sachenrecht. Das bürgerliche Gesetzbuch läßt nicht gleich dem Preußischen Landrecht das persönliche Recht durch Besitz oder Eintragung in dingliches Recht umschlagen. Wohl aber verleiht es ihm in bestimmtem Umfange dingliche Wirksamkeit. So empfangen alle mit Sachbesitz verbundenen persönlichen Rechte in Ansehung beweglicher Sachen, obschon sie ein unmittelbares materielles Herrschaftsrecht an der Sache nicht gewähren, doch durch das neue Fahrnisbesitzrecht die formelle Kraft einer unmittelbaren Sachherrschaft. Im Liegenschaftsrechte bewährt nur der Miets- und Pachtbesitz eine verdinglichende Kraft, indem er den Satz „Kauf bricht nicht Miete" in Wirksamkeit setzt und so zu einer die im Fahrnisrecht gezogene Grenze weit überschreitenden Annäherung des Miets- und Pachtrechtes an ein dingliches Recht führt; doch bildet die einmal erfolgte Überlassung des Miets- oder Pachtbesitzes hier mehr nur ein freilich wesentliches Erfordernis, als den eigentlichen Grund der dinglichen Wirkungen[49]). Dagegen

[49]) BGB. § 571—580, 581 Abs. 1. Vgl. Crome, Die juristische Natur der Miete nach dem Deut. BGB., Jahrb. f. Dogm. XXXVII 1 ff., bes. S. 32 ff. — Der von Crome eingehend begründeten Ansicht, daß Miete und Pacht durch das bürgerliche Gesetzbuch nicht zu dinglichen Rechten gestempelt werden, stimme ich durchaus zu. Die materiellrechtliche Verdinglichung wäre vielleicht wünschenswert gewesen, — ich selbst bin dafür eingetreten —, sie ist aber eben nicht erfolgt. A. M. O. Fischer, Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines BGB. in der Fassung der dem Reichstage gemachten Vorlage, Heft III (Das Sachenrecht, Berlin 1896) S. 17.

ist dem Bucheintrage die Fähigkeit, ein persönliches Recht durch die Einkleidung in sachenrechtliche Form mit dinglicher Kraft auszustatten, nicht völlig versagt geblieben. Denn durch die Eintragung einer Vormerkung kann jedem persönlichen Anspruche auf Herstellung eines sachenrechtlichen Verhältnisses Wirksamkeit gegen Dritte verliehen werden[50]). So baut das formelle Sachenrecht Brücken zwischen Obligationenrecht und Sachenrecht. Und Rechtsverhältnissen, deren inneren sachenrechtlichen Gehalt der Einfluß des römischen Rechtes zerstört hat, rettet das unter dem Einflusse des deutschen Rechts gewobene äußere sachenrechtliche Gewand ein Stück dinglicher Kraft[51]).

[50]) BGB. § 883—888; über die gleiche Wirkung des eingetragenen Vorkaufsrechtes § 1098 Abs. 2; vgl. ferner § 1179, 1990 Abs. 2, 2016 Abs. 2. Das vorgemerkte persönliche Recht hat, so lebhaft dies in der Kommission bestritten wurde (Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs I 442), die Natur eines jus ad rem.

[51]) Es ist bemerkenswert, daß Entw. I von allen diesen an Besitz oder Eintragung geknüpften dinglichen Wirkungen persönlicher Rechte nichts wußte. Unbekannt war ihm das Einwendungsrecht aus dem Besitz (vgl. § 942) und die Klage aus dem früheren Besitz (dafür die Publiciana in § 945); er huldigte dem Satze „Kauf bricht Miete"; jede Vormerkung zum Schutze eines persönlichen Anspruchs war verworfen (Motive III 240 ff.).

Kap. II.

Die Vermutung aus dem Besitz.

I. Die deutschrechtliche Anschauung, daß die Gewere eine Vermutung für das Dasein des in ihr erscheinenden Rechtes begründe, ist niemals ganz untergegangen.

Unter ihrer Einwirkung gelangte in der älteren gemeinrechtlichen Doktrin eine schon von Glossatoren verteidigte Lehre zur Herrschaft, die den Grund des Besitzschutzes in der Wahrscheinlichkeit, daß hinter dem Besitz Eigentum stehe, erblickte und deshalb zu den Wirkungen des Besitzes eine Vermutung für das Vorhandensein eines gültigen Titels rechnete[1]). Da eine derartige Auffassung dem römischen Rechte fremd ist[2]), wurde sie von den neueren Romanisten bekämpft und aus dem gemeinen Rechte verdrängt[3]).

In den älteren Gesetzbüchern dagegen ist die Vermutung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes zum Rechtssatze erhoben. Sie findet

---

[1]) Vgl. Gl. in vacuum zu l. 12 C. de probat.; Strykius, Usus mod. pand. XLII, 1 § 13; Höpfner, Komm. (8. Aufl.) § 283; dazu Randa, Der Besitz (4. Aufl.) § 6 Anm. 3 u. 10, § 8 Anm. 7.

[2]) Ohne Erfolg hat Jhering, Ueber den Grund des Besitzschutzes (1869), auf neue Weise die Wahrscheinlichkeit des Eigentums als Grund des römischen Besitzschutzes darzuthun gesucht.

[3]) Vgl. Savigny, das Recht des Besitzes (7. Aufl.) S. 36 u. 56; Randa a. a. O. S. 157 ff.; Dernburg, Pand. I § 170; Roth, Deut. PR. III 59.

sich in allgemeiner Fassung im Bayrischen Landrecht[4]), im Preußischen Landrecht[5]) und im Österreichischen Gesetzbuch[6]). Eine mehr deutschrechtliche Ausprägung giebt ihr das Französische Gesetzbuch, das sie für den Immobiliarbesitz nur an die zum Besitzschutze geeignete possession annale knüpft[7]), für den Mobiliarbesitz aber zu dem Satze „la possession vaut titre“ verstärkt[8]).

Wird vom französischen Rechte abgesehen, so hat die gesetzliche Vermutung kein volles Leben gewonnen. Sie wurde hieran durch ihr unpassendes romanistisches Gewand, ihre zu weite und unbestimmte Fassung und den durch ihre Erstreckung auf den Liegenschaftsbesitz bewirkten Widerstreit mit dem Grundbuchrechte gehindert. Die neuere Theorie bemühte sich sogar, sie nach Möglichkeit wegzudeuten; man suchte ihren richtigen Kern auf den selbstverständlichen Satz zurückzuführen, daß dem die Rechtswidrigkeit des von ihm angegriffenen Besitzes behauptenden Kläger die Beweislast obliege, und bekämpfte alle sonst aus ihr gezogenen Folgerungen als Verirrungen[9]).

So lehnte denn auch der erste Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs die Aufstellung einer allgemeinen Vermutung aus dem Besitze auf das Eigentum ab. Er begnügte sich mit einer Vermutung, die dem Besitzer ermöglichen sollte, bei der Geltendmachung

---

[4]) Bayr. LR. II c. 5 § 8 Nr. 5—6; vorher unter Nr. 3 u. 4 die Sätze, daß im Zweifel allzeit melior conditio possessionis ist und daß der Besitzer den Titel oder causam possessionis nicht anzugeben braucht.

[5]) Preuß. ALR. I, 7 § 179: „Jeder Besitzer hat in der Regel die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit seines Besitzes für sich.“ Er ist daher nach § 180, wenn er deshalb in Anspruch genommen wird, nicht schuldig, den Titel seines Besitzes anzugeben und nachzuweisen. Weitere Folgesätze in § 140, 161, 167—168. Doch überwiegt die Vermutung für die Freiheit der Person und des Eigentums; § 181.

[6]) Oesterr. GB. § 323: „Der Besitzer einer Sache hat die Vermutung eines gültigen Titels für sich; er kann also zur Angabe desselben nicht aufgefordert werden“. Dazu § 324, wonach diese Vermutung sogar stärker ist als die für die Freiheit des Eigentums.

[7]) Code civ. a. 2230. Die possession annale stammt von der rechten Gewere ab. Vgl. Zachariae, Handb. des franz. Civilr. I § 186, 8. Aufl. v. Crome § 157.

[8]) Code civ. a. 2279. Vgl. Zachariae-Crome I § 122 S. 334 ff.

[9]) Vgl. für das Bayr. LR. Roth, Bayr. CR. II § 131; für das Oesterr. R. Randa a. a. O. S. 157 ff.; für das Preuß. R. Förster, Preuß. PR. III § 157 zu Anm. 9. Dagegen hält Dernburg, Preuß. PR. I § 156, den positiven Inhalt der landrechtlichen Vermutung fest. Vgl. auch Kindel, Die Grundlagen des röm. Besitzrechts (1883) S. 73 ff.

eines Ersatzanspruches wegen Verlustes oder Beschädigung der Sache seinen Vermögensschaden bis zum Gegenbeweise wie ein Eigentümer zu berechnen[10]).

Das bürgerliche Gesetzbuch erneut die Vermutung aus dem Besitz, verleiht ihr aber eine ihrem deutschrechtlichen Ursprunge angepaßte Gestalt. Es löst sie von jeder Beziehung zum Besitzschutze ab und verweist sie in den Streit um das Recht selbst; es begrenzt sie im Verhältnis von gegenwärtigem und früherem Besitz nach Maßgabe der für den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten geltenden Regeln; es schränkt sie vor Allem auf den Fahrnisbesitz ein[11]).

II. Der § 1006 des BGB. beginnt mit dem Satze: „Zu Gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, daß er Eigentümer der Sache sei". Dieser Satz bezieht sich auf den gegenwärtigen Besitz. Die Vermutung kommt an sich jedem Besitzer zugute. Eigenbesitz wird nicht gefordert. Dies bedeutet aber nur, daß der Besitzer die Vermutung geltend machen kann, ohne zu behaupten und zu beweisen, daß er die Sache als ihm gehörig besitze. Steht fest, giebt er zu oder wird ihm bewiesen, daß er nicht Eigenbesitzer ist, so muß die Eigentumsvermutung wegfallen. Dies gilt auch dann, wenn der Besitzer einen mittelbaren Besitzer nicht über sich hat[12]). Für den Fall eines mittelbaren Besitzes spricht das Gesetzbuch in Abs. 3 ausdrücklich die Eigentumsvermutung dem unmittelbaren Besitzer ab und dem mittelbaren Besitzer zu. Somit hat, wer als Verpfänder, Verpächter, Vermieter, Hinterleger, Verleiher usw. einer Sache anerkannt wird, die Eigentumsvermutung für sich. Jedoch natürlich wiederum nur dann, wenn er nicht einen entfernteren mittelbaren Besitzer über sich hat oder sonst erweislich des Eigenbesitzes darbt. Besitzen Mehrere eine Sache gemeinschaftlich, so spricht die Vermutung für gemeinschaftliches Eigentum, es müßte denn, wie bei dem Mitbesitz

---

[10]) Entw. I § 825. Vgl. Motive III 133 ff. Dazu kam noch die Vermutung des § 1195 Abs. 1; vgl. unten Anm. 19.

[11]) Ueber die in der Kommission gepflogenen Erwägungen berichtet Reatz, Die zweite Lesung u. s. w., I 497 Anm. 6. Vgl. ferner die dem Reichstage vorgelegte Denkschrift S. 139.

[12]) So kann der Finder, der sich als solchen bekennt, auch an Geld- und Inhaberpapieren nicht Eigentum behaupten und ebensowenig an anderen Sachen sich Dritten gegenüber auf die Eigentumsvermutung berufen. (Darüber daß er nicht mittelbarer Besitzer ist, vgl. oben Kap. I Anm. 15).

von Eigentümer und Nießbraucher (§ 1081) oder von Verpfänder und Pfandgläubiger (§ 1206), nur einer der Mitbesitzer sich Eigenbesitz zuschreiben. Kein Raum ist für die Eigentumsvermutung, wenn die besessene Sache unfähig ist, im Eigentum zu stehen. Darum kann auch der Besitz an einem wesentlichen Bestandteile einer beweglichen Sache, wie er z. B. als Besitz an Räumen oder Wandflächen eines Schiffes, eines transportablen Gebäudes, eines Eisenbahn- oder Pferdebahnwagens vorkommen kann, eine Eigentumsvermutung nicht begründen (§ 93).

Die Eigentumsvermutung gilt nicht gegenüber einem früheren Besitzer, dem die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist (Abs. 1 S. 2). Der Grund hierfür liegt darin, daß in diesem Falle der Besitzverlust nicht zugleich Eigentumsverlust gewesen sein und der gegenwärtige Besitzer nicht auf dem regelmäßigen Wege des redlichen Erwerbes durch Übergabe Eigentum erlangt haben kann (§ 935 Abs. 1). Der frühere Besitzer muß, um die Eigentumsvermutung aus dem gegenwärtigen Besitz zu entkräften, sowohl seinen früheren Besitz wie dessen unfreiwilligen Verlust beweisen. War er nur mittelbarer Besitzer, so hat er zu beweisen, daß der Besitz seinem Besitzmittler abhanden gekommen ist[13]). Irgend ein anderer Weg zur Beseitigung der Eigentumsvermutung steht dem Gegner nicht offen. Kann er den Nachweis des unfreiwilligen Verlustes von eignem unmittelbarem oder mittelbarem Besitz nicht erbringen, so überwindet er die Vermutung nur durch den auf Nichteigentum des Besitzers gerichteten Gegenbeweis. Insbesondere enthebt ihn der Nachweis, daß er einmal Eigentümer war, nicht der Beweislast hinsichtlich des Fortbestandes seines Eigentums. Ebensowenig genügt der Nachweis, daß die Sache einem fremden Besitzer abhanden gekommen ist. Denn die Eigentumsvermutung wird dadurch, daß es sich um eine gestohlene oder verlorne Sache handelt, nicht absolut, sondern nur relativ entkräftet[14]).

[13]) Hat der Besitzer die Sache unterschlagen, weggegeben, weggeworfen oder sonst durch eignes Handeln dem mittelbaren Besitzer entzogen, so ist auch für diesen der Besitzverlust kein unfreiwilliger. Dagegen liegt unfreiwilliger Besitzverlust für den Besitzer vor, wenn ein bloßer Besitzdiener, dem kein Besitz anvertraut war, dem Besitzer den Besitz entzieht, mag er nun den Besitz sich selbst aneignen oder einem Dritten übertragen oder einseitig aufgeben. Vgl. Bekker a. a. O. S. 62 ff.

[14]) Somit kann auch, wer eine Sache veräußert und übergeben hat, sich nicht auf den unfreiwilligen Besitzverlust seines Besitznachfolgers stützen; beweist

Zu Gunsten des gegenwärtigen Besitzes an Geld und Inhaberpapieren fällt diese Einschränkung der Eigentumsvermutung weg[15]). Denn bei ihnen schließt auch unfreiwilliger Besitzverlust nicht die Möglichkeit aus, daß der Besitzverlust in kürzester Frist Eigentumsverlust nach sich gezogen und der gegenwärtige Besitzer durch Übergabe Eigentum erlangt hat (§ 935 Abs. 2)[16]).

Der Vermutung aus dem gegenwärtigen Besitze entspricht genau eine Vermutung aus früherem Besitze. Sie geht dahin, daß der frühere Besitzer während der Dauer seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei (§ 1006 Abs. 2). Auch diese Vermutung gilt im Falle des früheren mittelbaren Besitzes zu Gunsten des mittelbaren Besitzers. Auch sie ist ausgeschlossen, wenn feststeht, daß der frühere Besitz nicht Eigenbesitz war oder nicht Eigenbesitz sein konnte. Auch sie muß offenbar, soweit es sich nicht um Geld oder Inhaberpapiere handelt, gegenüber einem noch früheren Besitzer dann wegfallen, wenn diesem die Sache abhanden gekommen war. Wer sich auf sie beruft, hat zu beweisen, daß er in dem Zeitpunkt, in dem er Eigentümer gewesen zu sein behauptet, Besitzer war. Dieser Beweis reicht aus, wenn Ansprüche aus dem damaligen Eigentum geltend gemacht werden. Denn mit ihm ist, falls nicht der Gegner die Vermutung durch den Beweis des früheren unfreiwilligen Besitzverlustes entkräftet, die Eigentumsbehauptung für die Vergangenheit bis zur Widerlegung durch Gegenbeweis erhärtet. Gründet aber der frühere Besitzer Ansprüche

---

er diesen und etwa außerdem, daß er Eigentümer war und wegen Nichtigkeit des dinglichen Vertrages trotz Aufgabe des Besitzes blieb, so hat er immer noch nicht die Eigentumsvermutung aus dem gegenwärtigen Besitz entkräftet. Dagegen kann natürlich nicht nur der Erbe unfreiwilligen Besitzverlust seines Erblassers, sondern auch Jeder, der durch Abtretung oder sonst durch Sondernachfolge einen Anspruch aus dem Eigentum erworben hat, unfreiwilligen Besitzverlust seines Rechtsvorgängers für sich geltend machen.

[15]) Für andere Wertpapiere gilt dies nicht, auch nicht für in blanco indossirte Orderpapiere.

[16]) Wenn nach § 935 Abs. 2 außerdem die Veräußerung im Wege öffentlicher Versteigerung das im unfreiwilligen Besitzverluste gelegene Hindernis des redlichen Erwerbes tilgt, so kann dies in § 1006 nicht zum Ausdrucke gelangen, weil es einer Sache nicht anzusehen ist, ob sie durch eine Versteigerung hindurchgegangen ist. Somit muß sich der gegenwärtige Besitzer einer öffentlich ersteigerten Sache die Entkräftung der Eigentumsvermutung durch den Nachweis, daß die Sache dem Gegner abhanden gekommen ist, gefallen lassen. Er muß dann demgegenüber beweisen, daß die Sache später im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert ist.

auf gegenwärtiges Eigentum oder überhaupt auf Eigentum nach seiner Besitzzeit, so kann er die Eigentumsvermutung nur verwerten, wenn er zugleich die der Fortdauer seines Eigentums entgegenstehende Vermutung aus gegenwärtigem oder doch späterem Besitz durch den Nachweis des unfreiwilligen Besitzverlustes entkräftet. Gelingt ihm dieser Beweis, dann ist das Hindernis beseitigt, das den nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zulässigen Schluß auf den Fortbestand des einmal erworbenen Eigentums hier verlegte. Mithin entfaltet sich nun die Vermutung für früheres Eigentum, falls nicht der Gegner sie durch den Nachweis eines noch früheren unfreiwilligen Besitzverlustes beseitigt, zu einer Vermutung für gegenwärtiges oder doch über die Besitzzeit hinaus vorhanden gewesenes Eigentum. Bei Geld und Inhaberpapieren ist natürlich die Vermutung aus früherem Besitz für die Behauptung von Eigentum nach der Besitzzeit stets wertlos.

III. Die praktische Bedeutung der Eigentumsvermutung äußert sich vor Allem im Eigentumsstreit, ist aber keineswegs auf ihn beschränkt.

1. Handelt es sich um den Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache (Vindikation), so erleichtert zunächst die Vermutung aus dem gegenwärtigen Besitz dem beklagten Besitzer die Verteidigung. Der Kläger muß, um sein Eigentum zu beweisen, bei der Vindikation von Geld oder Inhaberpapieren stets und bei der Vindikation einer anderen beweglichen Sache in jedem Falle, in dem er nicht unfreiwilligen Besitzverlust darthun kann, den für das Eigentum des Beklagten oder des hinter diesem stehenden mittelbaren Besitzers sprechenden Schein widerlegen. Er muß also nicht blos den eignen Eigentumserwerb erhärten, sondern auch die Erwerbsart des ihm gegenüber für die Eigentumsvermutung verwerteten Besitzes aufdecken und als ungeeignet zur Verschaffung des Eigentums aufzeigen. So widerlegt er z. B. die Eigentumsvermutung durch den Nachweis, daß der angebliche Eigentümer den Besitz durch unbefugte Aneignung oder Fruchtziehung oder durch eine mangels gültiger Willenseinigung nicht den Eigentumsübergang bewirkende Übertragung (§§ 929—931) erlangt hat oder daß er beim Erwerbe des Besitzes vom Nichteigentümer nicht durch gehörige Übergabe Besitzer geworden oder nicht in gutem Glauben gewesen ist (§§ 932—934).

Andrerseits erleichtert die Vermutung aus dem früheren Besitz dem Kläger der Angriff. In jedem Falle kann er sie seinem

Eigentumsbeweise zugrunde legen, braucht also, wenn er eben schon Besitzer war und nicht etwa (z. B. durch Fruchttrennung nach § 953, Überfall nach § 911 oder Auflassung und Eintragung nach § 926) Eigentum ohne Besitzerwerb erlangt zu haben behauptet, die Art seines Eigentumserwerbes nicht anzugeben und zu beweisen. Die sogenannte probatio diabolica bleibt ihm erspart. Nur durch den vom Gegner geführten Nachweis des unfreiwilligen Besitzverlustes vor seiner Besitzzeit wird er genötigt, trotz seines früheren Besitzes, falls es sich nicht um Geld oder Inhaberpapiere handelt, den Erwerb des Eigentums nachzuweisen. Sonst liegt dem Beklagten, wenn er behauptet, daß hinter dem Besitz des Klägers Eigentum nicht gestanden habe, die Beweislast ob. In weit höherem Maße verschiebt sich, von Geld und Inhaberpapieren abgesehen, die Prozeßlage zugunsten des vindizierenden früheren Besitzers, wenn er zugleich unfreiwilligen Besitzverlust nachweist. Denn nun muß der Beklagte, um den Angriff abzuschlagen, den Beweis führen, daß der Kläger gegenwärtig nicht Eigentümer ist. Diesen Beweis erbringt er z. B. durch den Nachweis, daß er selbst oder sein Besitzvorgänger oder Besitzherr die Sache in öffentlicher Versteigerung erworben oder das Eigentum an ihr ersessen hat. Doch genügt auch der Nachweis, daß das Eigentum dem Kläger niemals zugestanden hat oder, wenn auch an einen unbeteiligten Dritten, verloren gegangen ist.

2. Steht die Eigentumsfreiheitsklage (Negatorienklage) in Frage (§ 1004), die zwar bei beweglichen Sachen keine erhebliche Rolle spielt, aber doch in mancherlei Anwendungen vorkommen kann, so erleichtert die Eigentumsvermutung aus dem gegenwärtigen Besitz den Angriff. Denn der Besitzer, der den Anspruch auf Beseitigung einer Beeinträchtigung des Eigentums gegen den Störer geltend macht, kann sich auf die Eigentumsvermutung berufen und den Beweis seines Nichteigentums abwarten. Der Beklagte kann auch hier die Eigentumsvermutung durch den Nachweis beseitigen, daß er selbst früher Besitzer war und den Besitz unfreiwillig verloren hat. Er kann aber auch die Eigentumsvermutung aus eignem früheren Besitz zu seiner Verteidigung durch Widerlegung der Eigentumsbehauptung des Klägers benutzen.

3. Als einen dritten Eigentumsanspruch gewährt das Gesetzbuch dem Eigentümer einer beweglichen Sache, die sich auf einem von einem Anderen besessenen Grundstücke befindet, ohne selbst von diesem oder einem Dritten in Besitz genommen zu sein, gegen den

Besitzer des Grundstückes einen Anspruch auf Duldung des Aufsuchens und Wegschaffens der Sache (§ 1005). Auch die Durchführung dieses Anspruchs wird dem Eigentümer, falls die Sache noch in seinem Besitze ist oder doch in seinem Besitze war[17]), durch die Eigentumsvermutung aus gegenwärtigem oder früherem Besitz erleichtert. Ist die Sache unmittelbar aus seiner Gewalt auf das Grundstück gelangt, so erreicht er freilich, da das bürgerliche Gesetzbuch ihm einen gleichen Anspruch als Besitzanspruch einräumt, sein nächstes Ziel schon durch Berufung auf den Besitz (§ 867). Allein vielleicht zieht er die Erhebung des Anspruches aus dem Eigentum vor, um so zugleich die Feststellung seines Eigentums zu erlangen. Nur muß er, wenn er petitorisch klagt, sich auch petitorische Einreden, die der possessorischen Klage gegenüber ausgeschlossen sind, gefallen lassen, so daß dann unter Umständen die Eigentumsvermutung aus früherem Besitz auch zur Verteidigung gegen ihn benutzt werden kann[18]).

4. Die Eigentumsvermutung kann aber nicht blos im Eigentumsstreit, sondern überall da verwertet werden, wo ein Anspruch auf das Eigentum an einer beweglichen Sache gestützt wird. So steht sie dem Besteller eines Nießbrauchs und dem Verpfänder zur Seite, wenn er die dem Eigentümer gegen den Nießbraucher oder Pfandgläubiger zustehenden Rechte geltend macht[19]). Ebenso kann sie bei der Begründung von Forderungsrechten zur Erhärtung des behaupteten Eigentums an einer beweglichen Sache verwertet werden. Dies ist z. B. bei der Erhebung des Vorlegungsanspruches aus § 809 (actio ad exhibendum) möglich. Insbesondere aber wird es bei Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen und aus ungerechtfertigter Bereicherung vorkommen. Wer aus widerrechtlicher Verletzung seines Eigentums durch Zerstörung, Beschädigung

---

[17]) Ob am entlaufenen Vieh, einem vom Winde entführten Wäschestück, einem über den Zaun geflogenen Ball u. s. w. der Besitz gemäß § 856 Abs. 2 fortdauert oder gemäß § 856 Abs. 1 verloren ist, wird nach den Umständen ungleich entschieden werden müssen.

[18]) So z. B., wenn der Grundbesitzer behauptet, er selbst sei Eigentümer des dem Kläger entlaufenen Tieres, und den Nachweis führt, daß das Tier ihm vor der Besitzzeit des Klägers gestohlen ist.

[19]) In Entw. I § 1195 Abs. 1 war für das Verhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Eigentümer des Pfandes eine besondere Eigentumsvermutung zu Gunsten des Verpfänders aufgestellt. Diese Vorschrift ist gestrichen, da sie durch die allgemeine Eigentumsvermutung aus mittelbarem Besitz (§ 1106 Abs. 3) gedeckt wird.

oder Entziehung einer beweglichen Sache klagt (§ 823), kann je nach den Umständen die Vermutung aus gegenwärtigem oder aus früherem Besitze benutzen. Wer die Bereicherungsklage gegen Jemanden anstellt, in dessen Vermögen das Eigentum an einer beweglichen Sache ohne rechtlichen Grund gelangt ist (§ 812), kann sein früheres Eigentum durch Berufung auf früheren Besitz nachweisen. Man denke z. B. an den Fall, daß der Veräußerer eine bewegliche Sache, die durch Übergabe auf Grund eines wirksamen dinglichen Rechtsgeschäftes in das Eigentum des Empfängers übergegangen ist, wegen Ungültigkeit der causa (z. B. bei Dissens) oder wegen späteren Wegfalls des rechtlichen Grundes (z. B. beim Schenkungswiderruf) oder wegen Nichteintritts des bezweckten Erfolges vom Empfänger kondiziert. Namentlich aber wird die Eigentumsvermutung aus früherem Besitz dem ehemaligen Eigentümer zugute kommen, wenn kraft des Satzes „Hand wahre Hand" sein Eigentum durch Verfügung eines Nichtberechtigten verloren gegangen oder belastet ist, mag er sich nun an den Verfügenden halten oder, wenn der redliche Rechtserwerb unentgeltlich erfolgt ist, die in diesem Falle nach § 816 gleichfalls zulässige Bereicherungsklage gegen den dritten Erwerber anstellen[20]. In allen solchen Fällen erleichtert die Eigentumsvermutung zunächst die Geltendmachung des Anspruches auf Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Rückübertragung oder Entlastung des Eigentums. Sie erleichtert aber auch, wenn die Sache selbst nicht zurückgegeben werden kann, die Begründung des Anspruches auf Schadensersatz. Insbesondere kann der Berechnung des durch Entziehung oder Beeinträchtigung des Besitzes erlittenen Vermögensschadens, mag es sich nun um eine Deliktsklage oder um die condictio possessionis handeln, bis auf Weiteres das Eigentümerinteresse zu Grunde gelegt werden[21].

IV. Die Vermutung des § 1006 gilt nur „zu Gunsten des Besitzers." Man wird freilich nicht bezweifeln können, daß der Besitzer, der seinen Besitz von einem mittelbaren Besitzer ableitet, die Vermutung für das Eigentum des mittelbaren Besitzers be-

---

[20]) Aehnlich bei dem Bereicherungsanspruche des früheren Eigentümers gegen den Finder oder die Gemeinde, auf die das Eigentum an der Fundsache übergegangen ist (§ 977).

[21]) Somit deckt § 1006 die gestrichene Sonderbestimmung des Entw. I § 825 (oben Anm. 10).

nutzen darf, um ein von ihm selbst behauptetes Recht auf den Besitz der Sache als ein vom Eigentümer abgeleitetes Recht zu erweisen[22]. Auch wird der frühere Besitzer in gleicher Weise die Eigentumsvermutung aus dem mittelbaren Besitze dessen, von dem er seinen Besitz ableitete, für die Behauptung anrufen dürfen, daß er damals in Wahrheit den Eigentümer hinter sich hatte. Allein die Vermutung kann nicht nur niemals gegen den Besitzer gekehrt werden, um dessen gegenwärtiges oder früheres Eigentum zu beweisen, sondern sie versagt auch, wenn ein Anspruch mit der Behauptung begründet oder abgewehrt wird, daß ein dritter gegenwärtiger oder früherer Besitzer Eigentümer sei oder gewesen sei.

Doch wird diese Lücke zum größten Teile durch die dem Fahrnisbesitze verliehene formelle Legitimationskraft im Rechtsverkehre ausgefüllt. Soweit sie reicht, ist die Wirkung des vom Fahrnisbesitze erwirkten Eigentumsscheines zu Gunsten Dritter über die Wirkung einer bloßen Vermutung hinaus verstärkt. Denn insoweit wird, wer diesem Scheine traut, gegen die ihm aus trügerischem Scheine drohenden Nachteile auch dann geschützt, wenn ihm bewiesen wird, daß die Eigentumslage der Besitzlage nicht entsprach. Das Prinzip der Legitimation durch den Besitz liegt vor allem sämtlichen aus dem Satze „Hand wahre Hand" entflossenen Vorschriften zu Grunde. Denn immer erwirbt hier, wer den Besitzer als Eigentümer ansah und ohne grobe Fahrlässigkeit ansehen durfte, auch dann, wenn der Besitzer nicht Eigentümer war, Eigentum oder sonstiges dingliches Recht an der Sache; auch geht auf den, der auf das Nichtvorhandensein eines nicht durch Besitz manifestierten dinglichen Rechtes eines Dritten vertraute, das Eigentum unbelastet und sonstiges dingliches Recht unbenachteiligt durch solches Recht über[23]. Auf demselben Prinzip beruht die Bestimmung, daß im Verhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer zu Gunsten des Nießbrauchers der Besteller des Nießbrauches als Eigentümer gilt, es müßte denn der Nießbraucher vom Gegenteil Kenntnis haben[24]. Denn dies bedeutet für das Fahrnisrecht, da

[22] Vgl. Wendt a. a. O. S. 76. So namentlich bei der Verteidigung gegen die Vindikation (§ 986 Abs. 1).

[23] Vgl. § 932—936, 1032, 1207—1208. Die Beweislast hinsichtlich des Mangels der Redlichkeit trifft den Gegner.

[24] § 1058. Die Kenntnis muß dem Nießbraucher bewiesen werden; verschuldete Unkenntnis steht hier nicht gleich.

der Nießbrauch an einer beweglichen Sache regelmäßig nur von einem Besitzer bestellt werden kann (§ 1032) und bei dem Besteller mindestens mittelbarer Besitz (§ 868), möglicherweise auch Mitbesitz (§ 1081 Abs. 2) zurückbleibt, eine Erweiterung der Kraft des am Besitze haftenden Eigentumsscheines[25]). Der Nießbraucher, der diesem Scheine traut, kann vom wahren Eigentümer nicht verantwortlich gemacht werden, wenn er die Rechte und Pflichten des Nießbrauchers gegen den Eigentümer einem Nichteigentümer gegenüber ausgeübt oder erfüllt und schließlich diesem die Sache zurückgegeben hat[26]). In gleicher Weise kommt die Legitimationskraft des Besitzes in der Vorschrift zum Ausdrucke, daß bei dem Verkaufe einer verpfändeten beweglichen Sache zu Gunsten des Pfandgläubigers, falls dieser nicht vom Gegenteil Kenntnis hat, der Verpfänder als der Eigentümer gilt[27]). Denn da der Verpfänder unter allen Umständen bei der Verpfändung Besitzer gewesen sein muß (§ 1205) und mittelbarer Besitzer (§ 868) oder gar unmittelbarer Mitbesitzer (§ 1206) geblieben ist, so wird wiederum der Pfandgläubiger insoweit, als er den Besitz des Verpfänders für Eigentum nahm, gegen Ansprüche des wahren Eigentümers geschützt[28]). Auch die Bestimmung, daß der Finder durch Herausgabe der Sache an den Verlierer zugleich dem sonstigen Empfangsberechtigten und somit insbesondere dem Eigentümer gegenüber befreit wird (§ 969), läßt sich hierher ziehen. Insbesondere aber ist die Legitimationskraft des Besitzes ausdrücklich zu Gunsten dessen anerkannt, der wegen der Entziehung oder Beschädigung einer beweglichen Sache zum Schadensersatze verpflichtet ist. Denn er wird, wenn er den Ersatz in gutem Glauben an den leistet, in dessen Besitze sich die Sache

[25]) Allerdings gilt § 1058 auch für den Fall, daß der Nießbrauch durch Anspruchsabtretung ohne Besitzübertragung bestellt ist (oben Kap. I Anm. 38). Allein da auf diesem Wege Nießbrauch nur entsteht, wenn der nicht besitzende Besteller wirklich Eigentümer war (oben Kap. I Anm. 42), entbehrt hier § 1058 der realen Bedeutung.

[26]) Vgl. 1035, 1038, 1039, 1042, 1045, 1046, 1047, 1055.

[27]) § 1248. Verschuldetes Nichtwissen steht auch hier dem Wissen nicht gleich.

[28]) Entw. I § 1195 Abs. 2 bestimmte dasselbe (jedoch unter Gleichstellung grobfahrlässiger Unkenntnis mit der Kenntnis) für das gesammte Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Eigentümer. Die engere Fassung des Gesetzbuches beruht darauf, daß es in allen übrigen Beziehungen gegenseitige Ansprüche aus dem Pfandrechtsverhälnisse nur zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder walten läßt und namentlich auch die Rückgabe der Sache nicht (wie Entw. I § 1156) an den Eigentümer, sondern an den Verpfänder vorschreibt.

zur Zeit der Entziehung oder Beschädigung befunden hat, durch die Leistung auch dann befreit, wenn ein Dritter Eigentümer der Sache war oder ein sonstiges Recht an der Sache hatte[29]).

V. Der Eigentumsvermutung aus Eigenbesitz entspricht eine Vermutung für beschränktes dingliches Recht aus beschränktem Fahrnisbesitze. Somit hat der Nießbrauchsbesitzer die Vermutung des Nießbrauchsrechtes und der Pfandbesitzer die Vermutung des Pfandrechts an der besessenen beweglichen Sache für sich. Dies folgt nicht nur aus inneren Gründen, sondern wird vom Gesetzbuche positiv bestimmt, da die §§ 1065 und 1227 die entsprechende Anwendung der für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften auf die Ansprüche des Nießbrauchers und des Pfandgläubigers aus Beeinträchtigung ihres Rechtes an der Sache anordnen, ohne den § 1006 hiervon auszunehmen[30]).

Die Vermutung für Nießbrauch oder Pfandrecht verknüpft sich mit dem unmittelbaren Nutzungs- oder Pfandbesitze, ohne daß ihr die Eigentumsvermutung aus dem darüber stehenden mittelbaren Besitze hinderlich wäre. Die Vermutung für Nießbrauch wird bei Inhaberpapieren und in blanco indossierten Orderpapieren und die Vermutung für Pfandrecht bei allen beweglichen Sachen auch durch einen als Eigenbesitz anerkannten unmittelbaren Mitbesitz nicht ausgeschlossen (§ 1081 und § 1206). Eine gleiche Vermutung begründet aber auch der mittelbare Nießbrauchs- oder Pfandbesitz, wie er vorliegt, wenn die Sache vom Nießbraucher oder Pfandgläubiger verpachtet oder vermietet oder verliehen oder hinterlegt ist[31]). Die Vermutung für Nießbrauch oder Pfandrecht kommt gleich der Eigentumsvermutung nicht nur für die Gegenwart dem gegenwärtigen Besitzer, sondern auch für die Vergangenheit dem früheren Besitzer zu Gute. Sie versagt aber gleich der Eigentumsvermutung, wenn es sich nicht um Geld oder Inhaberpapiere handelt, gegenüber älterem unfreiwillig verlornem Besitz[32]).

Auf die Vermutung für sein dingliches Recht kann sich der gegenwärtige oder frühere Nießbrauchs- oder Pfandbesitzer gegen

---

29) § 851. Der gute Glaube ist hier aber schon ausgeschlossen, wenn dem Verpflichteten das Recht des Dritten nur in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist.

30) Uebereinstimmend Crome, Jahrb. für Dogm. XXXVII 63 ff.

31) Vgl. dazu § 1059, 1082, 1206, 1213.

32) Gemäß der in § 1032 und § 1207—1208 enthaltenen Bezugnahme auf § 935.

Jedermann und somit auch gegen den Eigentümer berufen, sobald er auf das behauptete Recht einen dinglichen oder persönlichen Anspruch gründet. Er kann sie, wenn gegen ihn die Eigentumsklage oder eine andere dingliche Klage auf Herausgabe der Sache angestellt wird, behufs Abwehr des Angriffes zum Beweise seines Rechtes auf Besitz benutzen (§§ 986, 1065, 1227). Wird er mit der Negatorienklage belangt, so kann er die Vermutung aus seinem Besitze verwerten, um darzuthun, daß der Anspruch des Gegners durch eine Verpflichtung zur Duldung der gerügten Beeinträchtigung ausgeschlossen ist (§ 1004 Abs. 2). Ebenso kann er natürlich die Vermutung aus gegenwärtigem oder früherem Besitze zum Beweise seines dinglichen Rechtes verwenden, wenn er konfessorisch oder negatorisch auf Anerkennung seines Nießbrauches oder Pfandrechts und auf Herausgabe der Sache oder auf Beseitigung von Eingriffen klagt[33]). Aber auch die Geltendmachung persönlicher Ansprüche, die auf gegenwärtiges oder früheres Nießbrauchs- oder Pfandrecht gestützt werden, wird durch die Vermutung erleichtert. Dies gilt z. B. für den Vorlegungsanspruch (§ 809). Es gilt ebenso für den Deliktsanspruch aus widerrechtlicher Verletzung des dinglichen Rechts (§ 823). Und es gilt in gleicher Weise für den Bereicherungsanspruch. So wird sich auf die Vermutung aus früherem Besitze berufen, wer einen durch dinglich wirksame Erklärung erloschenen Nießbrauch (§ 1064) oder ein durch gleiche Erklärung (§ 1255) oder durch Rückgabe des Pfandes (§ 1253) erloschenes Pfandrecht vom Leistungsempfänger kondiziert, weil sein Rechtsverlust ohne rechtlichen Grund erfolgt oder der rechtliche Grund weggefallen oder der beabsichtigte Erfolg nicht eingetreten ist (§ 812). Ebenso wird der, dessen Nießbrauch oder Pfandrecht durch Verfügung eines Nichtberechtigten kraft des Satzes „Hand wahre Hand" erloschen oder im Range zurückgetreten ist (§§ 936, 1032 und 1208), die Vermutung bei der Geltendmachung des Bereicherungsanspruches sowohl gegen den Verfügenden wie gegen den unentgeltlich erwerbenden redlichen Dritten verwerten können (§ 816). Auch hier wird die Vermutung nicht nur wichtig, wenn die Wiederherstellung des dinglichen Rechtes oder seines Ranges

---

[33]) Im Einzelnen gestaltet sich hier die Beweislage ganz ähnlich wie im Eigentumsstreite. So auch bei der Verwertung der Vermutung behufs Durchführung des nach § 1065 und 1227 dem Nießbraucher oder Pfandgläubiger offenbar zustehenden Anspruchs aus § 1005.

verlangt wird, sondern gewinnt auch Bedeutung, wenn sich der Anspruch auf Ersatz des Wertes eines entzogenen Nießbrauches oder Pfandrechts oder der durch Beschädigung der Sache oder des Rechtes herbeigeführten Wertminderung eines Nießbrauches oder Pfandrechtes richtet.

Die Vermutung aus Nießbrauchs- oder Pfandbesitz gilt nur zu Gunsten des Besitzers. Es giebt aber eine pfandrechtliche Vermutung aus dem Besitze, die absolut wirkt und sich gegen den Pfandgläubiger kehrt. Befindet sich das Pfand im Besitze des Verpfänders oder des Eigentümers oder eines Dritten, der den Besitz von diesem oder jenem nach Entstehung des Pfandrechts erlangt hat, so wird vermutet, daß das Pfand dem Verpfänder oder dem Eigentümer vom Pfandgläubiger zurückgegeben sei (§ 1253 Abs. 2). Da durch eine solche Zurückgabe das Pfandrecht nach zwingender Vorschrift erlischt (§ 1253 Abs. 1), kommt diese Vermutung Jedem zu Gute, der behauptet, daß das Pfandrecht nicht mehr bestehe. Wer demgegenüber den Fortbestand des Pfandrechtes behauptet, muß beweisen, daß das Pfand auf andere Weise in den Besitz des Verpfänders oder des Eigentümers gekommen ist.

Eine formelle Legitimation im Rechtsverkehr begründet der Nießbrauchsbesitz im allgemeinen nicht[34]). Der Pfandbesitz begründet in gewissem Umfange eine solche Legitimation für den Pfandverkauf, so daß, wenn eine Sache in bestimmten Formen als Pfand veräußert wird, der gutgläubige Erwerber durch Uebergabe auch dann Eigentum erlangt, wenn dem Veräußerer ein Pfandrecht nicht zustand (§ 1244). Im Übrigen entbehrt auch der Pfandbesitz als solcher der Legitimationskraft[35]). Doch nehmen Nießbrauchbesitz und

---

[34]) Da der Nießbrauch nicht übertragbar ist, sondern nur zur Ausübung überlassen werden kann (§ 1059), vermag der Nießbraucher Dritten nur persönliche Rechte einzuräumen; bei ihrer Begründung spielt auch dann, wenn sie mit Sachbesitz verbunden sind, der Besitz keine Rolle; wer dem Nießbrauchsbesitze traut, erwirbt gleichwohl, wenn ihm ein Nießbrauchsbesitzer, der nicht Nießbraucher ist, die Ausübung überläßt, kein Recht gegen den Nießbraucher. Auch dem Eigentümer oder dem Besteller gegenüber legitimiert der Nießbrauchsbesitz nicht, so daß z. B. durch die Erklärung des Nießbrauchsbesitzers, wenn dieser nicht Nießbraucher ist, der Nießbrauch nicht erlischt (§ 1064).

[35]) Die Uebertragung des Pfandrechts kommt ohne Besitzübertragung zu Stande, wenn auch mit dem Besitzwechsel gewisse Wirkungen verknüpft sind (§ 1250—1251); Pfandrechtsübertragung durch einen Pfandbesitzer, dem das

Pfandbesitz an der in § 851 dem Besitze beweglicher Sachen zugeschriebenen Legitimationskraft Teil[36].

VI. Auf persönliche Rechte, die mit Sachbesitz verbunden sind, darf die Vermutung aus dem Fahrnisbesitz nicht ausgedehnt werden. Mietsbesitz, Pachtbesitz, Leihbesitz, Verwahrungsbesitz usw. genießen des vollen Besitzschutzes, begründen aber keine Vermutung für das Vorhandensein des entsprechenden Rechts[37]. Ebensowenig wohnt einem derartigen Besitze als solchem eine Legitimationskraft im Rechtsverkehr inne; wer sich darauf verläßt, daß dem Miets- oder Pachtbesitz ein Miets- oder Pachtrecht entspreche, erwirbt um dieses Vertrauens willen kein Recht, das er sonst nicht erworben hätte[38].

VII. Die Vermutung aus dem Besitze ist auf das Fahrnisrecht beschränkt. Sie erstreckt sich auf bewegliche Zubehörstücke von Grundstücken[39], nicht aber auf Bestandteile von Grundstücken[40].

Pfandrecht nicht zusteht, ist ausgeschlossen. Auch dem Eigentümer oder dem Verpfänder gegenüber legitimiert der bloße Pfandbesitz nicht zur Verfügung über das Pfandrecht; insbesondere erlischt das Pfandrecht nicht, wenn ein Pfandbesitzer, der nicht Pfandgläubiger ist, die Sache zurückgiebt (§ 1253) oder das Pfandrecht aufzugeben erklärt (§ 1255).

[36]) Somit wird, wer dem Nießbraucher oder Pfandgläubiger wegen Entziehung oder Beschädigung der Sache Ersatz schuldet, befreit, wenn er in gutem Glauben an den leistet, der zur Zeit der Entziehung oder Beschädigung Nießbrauchs- oder Pfandbesitzer war.

[37]) Dies weist überzeugend Crome a. a. O. S. 63 ff., insbesondere für den Miets- und Pachtbesitz, nach.

[38]) So erlangt z. B., wer sich von dem unrechtmäßigen Miets- oder Pachtbesitzer einer beweglichen Sache in gutem Glauben ein Gebrauchsrecht einräumen und Untermietsbesitz oder Unterpachtbesitz übertragen läßt, zwar Besitzschutz, jedoch kein Recht gegen den wirklichen Mieter oder Pächter.

[39]) Wenn auch Eigentum und Nießbrauch am Zubehör durch liegenschaftsrechtlichen Uebertragungsakt mitübertragen werden können, so bleiben doch die spezifischen Wirkungen des Fahrnisbesitzes gewahrt und werden nur hinsichtlich des Satzes „Hand wahre Hand" dadurch, daß an Stelle der Uebergabe die Erlangung des Besitzes auf Grund der Veräußerung genügt, der Sachlage angepaßt; vgl. § 926 und 1031.

[40]) Dies versteht sich für wesentliche Bestandteile nach § 93 von selbst, muß aber auch für unwesentliche Bestandteile, obschon an ihnen ein besonderes Eigentum oder dingliches Recht möglich ist (vgl. gegen die abweichende Meinung von Endemann, Einführung I 232 Anm. 1, namentlich Eck, Sammlung von Vorträgen (oben Kap. I Anm. 49) Heft I 25 ff., Fischer und Henle, Komm. zu § 93 Anm. 3, Planck, Komm. zu § 93 Anm. 2), deshalb gelten, weil sie, so lange sie Grundstücksbestandteile sind, nicht als bewegliche Sachen angesehen werden können.

Doch wird man nicht umhin können, sie auf solche Grundstücksbestandteile auszudehnen, denen das bürgerliche Gesetzbuch die rechtliche Eigenschaft eines Bestandteils abspricht. Dahin gehört jede nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit Grund und Boden verbundene oder in ein Gebäude eingefügte Sache, ein Gebäude aber oder ein anderes Werk, das in Ausübung eines Rechtes vom Berechtigten mit einem fremden Grundstücke verbunden ist, auch im Falle einer auf die Dauer berechneten Verbindung[41]). Unter diesen Sachen befinden sich nun freilich solche, die ihrer Natur nach unbeweglich sind. Nicht nur die Bäume einer Baumschule, nicht nur ein festes Ausstellungsgebäude, sondern auch ein von einem Erbbauberechtigten oder Erbpächter aufgeführtes Wohngebäude, eine vom Servitutberechtigten hergestellte Schienenanlage, ein vom Pächter erbauter massiver Stall sind als selbständige Sachen vom Grundstücke abgelöst. Damit sind sie nicht zu beweglichen Sachen gestempelt[42]). Denn das bürgerliche Gesetzbuch definiert den Begriff der beweglichen Sachen nicht, versteht also darunter immer nur solche Sachen, die ihrer natürlichen Beschaffenheit nach beweglich sind. Allein das Gesetzbuch enthält überhaupt nur Vorschriften für „Grundstücke" und für „bewegliche Sachen", weist also hinsichtlich unbeweglicher Sachen, die keine Grundstücke sind, eine Lücke auf. Diese Lücke bedarf der Ausfüllung, da sonst solche Sachen dem Rechtsverkehre völlig entzogen wären. Die Anwendung des neuen Liegenschaftsrechtes auf Sachen, die nicht im Grundbuche erscheinen, ist ausgeschlossen. Somit bleibt nur die entsprechende Anwendung der Vorschriften über bewegliche Sachen übrig. Auch dem Besitze an solchen Sachen ist demgemäß die Kraft des Fahrnisbesitzes zuzuschreiben. Doch findet die entsprechende Anwendung des Fahrnisrechts an der Natur der Sache ihre Schranken[43]).

Im Liegenschaftsrechte tritt an die Stelle der Vermutung aus dem Besitz die Vermutung aus dem Grundbucheintrage und an die

[41]) Vgl. § 95. Das ausgeübte Recht braucht kein dingliches zu sein; Eck a. a. O. S. 27, Fischer und Henle, Anm. 5 zu § 95; a. M. Planck, Anm. 4 zu § 95.

[42]) Dies nimmt freilich Cosack, Lehrb. I 132, an. Vgl. dagegen Eck a. a. O. S. 24.

[43]) So können Gebäude und andere mit dem Boden verbundene Werke nicht gestohlen oder verloren werden oder im Wortsinne „abhanden kommen"; indeß wird bei der entsprechenden Anwendung von § 1006 oder § 935 hier der unfreiwillige Besitzverlust durch Besitzentziehung zu substituiren sein.

Stelle der Legitimationskraft des Besitzes die Wirkungskraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuches. Hiermit aber werden dem Besitze an Grundstücken nicht blos Funktionen der Gewere versagt, sondern auch Funktionen der possessio entzogen.

Die Vermutung aus dem Grundbucheintrage geht dahin, daß ein eingetragenes Recht dem als berechtigt Eingetragenen zustehe und ein gelöschtes Recht nicht bestehe[44]). Diese Vermutung, die auch für den Bestand oder Nichtbestand eines Rechtes in der Vergangenheit Bedeutung hat, kann im Gegensatze zu der Vermutung aus dem Besitze von Jedermann angerufen und niemals formell entkräftet, sondern immer nur durch Gegenbeweis materiell widerlegt werden. Sie verschiebt daher im Prozesse stets die Beweislast zu Gunsten dessen, der die Uebereinstimmung der dinglichen Rechtslage mit dem buchmäßigen Scheine behauptet, und beraubt den liegenschaftlichen Besitz, während ihm voller possessorischer Schutz zu Teil wird, jedes Beweisvorteiles im petitorischen Rechtsstreit. Stellt der Bucheigentümer die Vindikation gegen den Besitzer des Grundstückes an, so ist der Beklagte zwar in seinen Verteidigungsmitteln materiell nicht beschränkt[45]), muß aber, wenn er die Eigentumsbehauptung des Klägers bestreitet, trotz der ihm durch seinen Besitz verschafften Beklagtenrolle den Beweis führen, daß der Kläger nicht wahrer Eigentümer ist. Ist der Bucheigentümer im Besitz, so gewährt ihm sein Besitz gegenüber der Vindikation des angeblichen wahren Eigentümers zwar den Vorteil der Rolle des Beklagten, jedoch neben dem Bucheintrage keinen Beweisvorteil. Erhebt der Bucheigentümer die Negatorienklage, so kann er den Beweis seines Nichteigentums vom Gegner erwarten, während umgekehrt der nicht eingetragene wahre Eigentümer auch dann, wenn er im Besitze ist, bei jeder Negatorienklage und insbesondere bei der gegen den Bucheigentümer behufs Berichtigung des Grundbuchs erhobenen Negatorienklage sein Eigentum beweisen muß. Ebenso wird bei der Geltendmachung irgend eines anderen auf das Eigen-

---

[44]) § 891: Ist im Grundbuche für Jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, daß ihm das Recht zustehe. Ist im Grundbuche ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermutet, daß das Recht nicht bestehe. — Erweiterungen in §§ 1138 und 1155.

[45]) Die Ausnahmebestimmung des Preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 § 7 Abs. 2, die dem Beklagten die exceptio rei venditae et traditae abschneidet (**Dernburg**, Preuß. Hyp.R. I 245 ff., Entsch. d. R.Ger. in C. S. XV Nr. 58, XXXVII Nr. 104), ist dem BGB. gemäß § 986 fremd.

tum an einem Grundstücke gestützten Anspruches, mag es sich um einen dinglichen (z. B. nachbarrechtlichen) oder persönlichen (z. B. aus Delikt oder aus Bereicherung abgeleiteten) Anspruch handeln, die Eigentumsbehauptung für die Gegenwart oder für die Vergangenheit durch entsprechenden Bucheintrag bis zum Gegenbeweise erhärtet, dagegen durch Besitz nicht gekräftigt. Umgekehrt kann, wer als Eigentümer eingetragen ist, wegen aller den Eigentümer als solchen treffenden dinglichen Lasten und persönlichen Pflichten so lange in Anspruch genommen werden, bis er beweist, daß er nicht der wahre Eigentümer ist[46]). In ähnlicher Weise wird durch die Vermutung aus dem Bucheintrage die Beweislast hinsichtlich aller begrenzten dinglichen Rechte an Grundstücken verschoben, mag es sich um den Schutz eines solchen Rechtes durch konfessorische oder negatorische Klage handeln oder mag irgend ein anderer Anspruch in Frage stehen, der sich auf ein solches Recht gründet oder gegen ein solches Recht richtet. Dies gilt gleichmäßig für die mit Sachbesitz verbundenen, die nur mit Rechtsbesitzschutz ausgestatteten und die überhaupt nicht in Besitz erscheinenden Rechte; und es gilt bei den Rechten, bei denen Besitz anerkannt ist, ohne Rücksicht darauf, ob die Besitzlage mit der buchmäßigen Rechtslage übereinstimmt oder nicht[47]). Schließlich schützt die Vermutung aus dem Bucheintrage auch den Rechtsverkehr, da ihr zufolge, wenn irgend eine Rechtshandlung von oder gegenüber dem, den der buchmäßige Schein zu ihrer Vornahme oder Entgegennahme berief, vorgenommen ist, bis zum Gegenbeweise feststeht, daß sie der wahrhaft Berechtigte vorgenommen oder entgegengenommen hat[48]).

---

[46]) Dieser Gegenbeweis bleibt ihm offen; nur dem sein Recht verfolgenden Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger gegenüber ist nach § 1148 der als Eigentümer Eingetragene schlechthin der rechte Beklagte; doch wird davon das Recht des wahren Eigentümers, Einwendungen gegen die Hypothek oder Grundschuld zu erheben, nicht berührt. — Das Preuß. Ges. § 7 bürdet dem Bucheigentümer in jeder Richtung eine unablehnbare Passivlegitimation auf; doch kann auch hier das gegen ihn ergehende Urteil dem wahren Eigentümer nicht präjudizieren; Dernburg a. a. O. S. 260 ff.

[47]) Nießbrauchsbesitz an einem Grundstücke entbehrt also der oben dem Nießbrauchsbesitz an Fahrnis zugeschriebenen Bedeutung für die Rechtsverfolgung. Der Pfandbesitz ist dem Liegenschaftsrecht überhaupt unbekannt. Auch beim Schiffspfande ist für eine Vermuthung aus Pfandbesitz kein Raum.

[48]) Der Gegenbeweis bleibt offen und vermag nur natürlich die Folgen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nicht abzuwenden. Ausnahmsweise gilt nach § 1141 bei der Kündigung von Hypotheken und Grundschulden der Bucheigentümer zu Gunsten des Gläubigers schlechthin als Eigentümer, so daß

Der öffentliche Glaube des Grundbuches verschafft dem buchmäßigen Scheine eine volle Legitimationskraft zu Gunsten eines Jeden, der sich im rechtsgeschäftlichen Verkehr auf die Richtigkeit des Grundbuches verläßt[49]). Für eine Legitimationskraft des Besitzes ist daneben kein Raum.

der wahre Eigentümer durch keinen Gegenbeweis die Wirksamkeit der Kündigung erschüttern kann.

[49]) § 892—893; Erweiterung in § 1138; Einschränkungen in §§ 1140 und 1155; Ausnahme in § 1028 Abs. 2. Verschuldete Unkenntnis schließt hier den guten Glauben nicht aus. Nur der rechtsgeschäftliche Verkehr (nicht, wie nach Entw. I § 837, auch der Erwerb durch Zwangsvollstreckung) wird geschützt. Jedoch der gesamte rechtsgeschäftliche Verkehr, sowohl der sachenrechtliche Erwerb, wie eine sonstige rechtsgeschäftliche Verfügung über ein eingetragenes Recht oder die Bewirkung einer auf Grund eines eingetragenen Rechts geschuldeten Leistung.

Kap. III.

Das Einwendungsrecht aus dem Besitz.

I. Nach § 986 Abs. 2 des Gesetzbuches gewährt der Fahrnisbesitz ein dingliches Verteidigungsmittel: „Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, kann dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen."

Zur Uebertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist nach § 929 dinglicher Vertrag und Uebergabe der Sache erforderlich. Nur wenn der Erwerber schon im Besitze ist, genügt die Willenseinigung (traditio brevi manu). Die Uebergabe wird aber nicht nur nach § 930, wenn der Eigentümer im Besitze ist, durch Vereinbarung eines dem Erwerber mittelbaren Besitz verschaffenden Rechtsverhältnisses (constitutum possessorium), sondern nach § 931 auch, wenn ein Dritter im Besitze ist, dadurch ersetzt, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt (Vindikationszession). Mit der Abtretung des Eigentumsanspruches geht das Eigentum nicht nur dann über, wenn der Eigentümer mittelbarer Besitzer ist und somit zugleich mittelbaren Besitz überträgt (§ 870), sondern auch dann, wenn der Eigentümer überhaupt nicht Besitzer ist und folgeweise der Erwerber keinerlei Besitz erlangt. Soll jedoch in dem Falle, daß der Veräußerer nicht Eigentümer ist, kraft des Satzes „Hand wahre Hand" der Eigentumserwerb des redlichen Erwerbers zustande kommen, so

muß ein wirklicher Besitzwechsel stattgefunden haben. Wie daher bei der traditio brevi manu erforderlich ist, daß der Erwerber den Besitz vom Veräußerer erlangt hatte (§ 932), und wie bei dem constitutum possessorium spätere Uebergabe hinzutreten muß (§ 933), so wird bei der Vindikationszession, falls sie nicht mit der Uebertragung des mittelbaren Besitzes verbunden ist, der Erwerber erst Eigentümer, wenn er in gutem Glauben den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt[1]). Entsprechende Erfordernisse müssen erfüllt sein, damit ein dem Erwerber unbekanntes dingliches Recht an der veräußerten Sache mit dem Eigentumserwerbe erlösche (§ 936 Abs. 1 u. 2).

Da sich der Eigentumserwerb durch Vindikationszession unabhängig von der Zustimmung des Besitzers vollzieht[2]), soll dessen Lage nicht verschlechtert werden. Soweit er ein dingliches Recht an der Sache hat, kann er dieses selbstverständlich auch dem neuen Eigentümer entgegensetzen und wird hierbei durch die Vermutung aus dem Nießbrauchs- oder Pfandbesitz unterstützt. Sein dingliches Recht kann, da es infolge der Vindikationszession nicht aufgehört hat, in Besitz zu erscheinen, auch dem auf Grund einer solchen Veräußerung zum Besitz gelangten gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht erlöschen (§ 936 Abs. 3). Dagegen bedarf er eines besonderen Schutzes, insoweit er nur ein persönliches Recht zum Besitze hat. Diesen Schutz gewährt ihm § 986 Abs. 2 durch die Bestimmung, daß er alle ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehenden Einwendungen auch dem neuen Eigentümer entgegensetzen kann. Er kann also die Herausgabe der Sache stets verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem unmittelbaren oder mittelbaren Rechtsvorgänger des nunmehrigen Eigentümers gegenüber zum Besitze berechtigt ist (§ 986 Abs. 1)[3]). Somit kann insbesondere der im Besitze befindliche Mieter oder Pächter einer beweglichen Sache sein Besitzrecht

---

[1]) Durch Übergabe oder durch constitutum possessorium. Einseitige Besitznahme oder Besitzübertragung seitens Jemandes, der den Besitz an der dem Dritten nach der Vindikationszession abhanden gekommenen Sache erlangt hat, genügt nicht.

[2]) Anders nach Entw. I § 804, 874 Abs. 1.

[3]) War der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer nicht befugt, so kann diesem natürlich auch vom Vindikationszessionar die Sache nach Maßgabe des § 986 Abs. 1 S. 2 abgefordert werden. So z. B. bei unerlaubter Untervermietung (§ 549).

aus dem Vertragsverhältnisse mit einem Rechtsvorgänger dem neuen Eigentümer entgegenhalten[4]). Der neue Eigentümer tritt zwar keineswegs, wie bei der Miete oder Pacht von Grundstücken, in das Vertragsverhältnis ein. Er wird dem Besitzer gegenüber nicht als Vermieter oder Verpächter berechtigt und verpflichtet, vielmehr bleiben die Rechte und Pflichten des ursprünglichen Vermieters oder Verpächters unverändert bestehen. Allein der neue Eigentümer muß die vertragsmäßige Bindung seines Rechtsvorgängers insoweit gegen sich gelten lassen, als sie dem Besitzer ein Recht zum Besitze giebt. In gleicher Weise kann sich der Leihbesitzer oder der Verwahrungsbesitzer auf sein Vertragsverhältnis mit dem Rechtsvorgänger berufen. Aber auch jeder andere titulierte oder untitulierte, redliche oder unredliche Besitzer kann ein ihm aus irgend einem sei es vertragsmäßigen, sei es anderweitigen Grunde gegen den Rechtsvorgänger zustehendes Zurückbehaltungsrecht dem neuen Eigentümer entgegensetzen.

Das Verteidigungsmittel des § 986 Abs. 2 setzt gegenwärtigen Besitz voraus. Auch der Schutz, den es dem Mieter oder Pächter einer beweglichen Sache gewährt, ist an die Fortdauer des Besitzes geknüpft, während bei der Miete oder Pacht eines Grundstücks die einmalige Erlangung des Miets- oder Pachtbesitzes genügt, um das Vertragsverhältnis dinglich zu befestigen. Der Besitzer verliert das Verteidigungsmittel, sobald er die Sache dem Vindikationszessionar übergeben hat. Setzt er dagegen diesen blos in den mittelbaren Besitz, so behält er alle mit der zu Grunde liegenden Vereinbarung nicht in Widerspruch stehenden Einwendungen. Gleich dem unmittelbaren Besitzer kann auch der mittelbare Besitzer den Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Sache mit der Berufung auf § 986 Abs. 2 abwehren[5]).

Einen Schutz gegen Jedermann gewährt das Verteidigungsmittel des § 986 Abs. 2 nicht. Immer ist es nur gegen den Rechtsnachfolger dessen, der die Sache veräußert hat, gegeben. Dritten gegenüber versagt es[6]). Darum kann auch, wenn der neue Eigentümer das Eigentum vom Nichteigentümer erworben hat, der Besitzer ihm nur ein vom Veräußerer, nicht ein vom früheren

---

[4]) Hiervon handelt ausführlich Crome a. a. O. S. 66 ff.

[5]) Daß die Vindikation gegen den mittelbaren Besitzer zulässig ist, wird später gezeigt werden; Kap. IV Nr. III.

[6]) Vgl. Crome a. a. O. S. 69 ff.

Eigentümer eingeräumtes Miets- oder Pachtrecht oder sonstiges persönliches Besitzrecht entgegensetzen, während ein vom Eigentümer einmal gültig bestelltes Nießbrauchs- oder Pfandrecht gemäß § 936 Abs. 3, wie schon bemerkt ist, dem Besitzer auch dem gutgläubigen Vindikationszessionar gegenüber erhalten bleibt.

II. Die Vorschrift des § 986 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung, wenn ein Nießbraucher oder Pfandgläubiger, dem der Nießbrauch oder das Pfandrecht im Wege der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache bestellt ist, mit dinglicher Klage die Herausgabe der Sache vom dritten Besitzer verlangt (§§ 1032, 1227). Die Bestellung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache richtet sich durchaus nach den für die Eigentumsübertragung maßgebenden Grundsätzen und kann daher in gleichem Umfange wie diese durch Anspruchszession erfolgen (§ 1032). Demgemäß stößt hier auch die analoge Anwendung des § 986 Abs. 2 auf keinerlei Schwierigkeiten. Bei der Bestellung des Pfandrechts an einer beweglichen Sache fällt nicht nur, da hier die Uebergabe niemals durch constitutum possessorium ersetzt werden kann, die Verweisung auf § 930, sondern auch die Verweisung auf den in § 986 Abs. 2 in Bezug genommenen § 931 weg (§ 1205). Allein in beschränkterem Umfange ist trotzdem auch die Bestellung des Pfandrechts durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache zugelassen. Denn nach § 1205 Abs. 2 kann die Uebergabe einer im mittelbaren Besitz des Eigentümers befindlichen Sache dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt. Die Uebertragung des mittelbaren Besitzes aber erfolgt eben durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache (§ 870). Diese Bestellungsform reicht auch, wenn die Sache nicht dem Verpfänder gehört, zur Sicherung des redlichen Pfandrechtserwerbes aus (§ 1207 mit der Verweisung auf § 934). Macht ein Pfandgläubiger, der sein Pfandrecht so durch Uebertragung eines blos mittelbaren Besitzes erworben hat, den Anspruch auf Herausgabe der Sache geltend, so kann ihm der Besitzer jedenfalls ein dingliches Recht, das ihn zum Besitz berechtigt, entgegensetzen. Durch die in § 1208 enthaltene Verweisung auf § 936 Abs. 3 ist ausdrücklich festgestellt, daß in diesem Falle ein dem Besitzer zustehendes Recht an der Sache auch dem gutgläubigen Pfandrechtserwerber gegenüber unversehrt bleibt, der Besitzer also die Herausgabe verweigern kann, wenn er oder sein Rechtsvorgänger zur Zeit des

gutgläubigen Pfandrechtserwerbes Eigentum, Nießbrauch oder Pfandrecht an der Sache hatte. Offenbar aber kann dem Besitzer auch das Einwendungsrecht aus § 986 Abs. 2 nicht versagt werden. Denn da zur Bestellung des Pfandrechts zwar eine an ihn ergangene Anzeige, nicht aber seine Zustimmung erforderlich ist, kann auch hier seine Rechtslage sich durch die ohne sein Zuthun erfolgte Aenderung der dinglichen Rechtslage nicht verschlechtern. Der Besitzer kann also dem nur in den mittelbaren Besitz eingerückten Pfandgläubiger auch ein persönliches Besitzrecht entgegensetzen, das ihm aus einem Miets- oder Pachtvertrage oder einem anderen Besitzüberlassungsvertrage oder aus irgend einem sonstigen Grunde gegen den Verpfänder oder einen Rechtsvorgänger zusteht[7]).

III. Offenbar wird durch die Schutzvorschrift des § 986 Abs. 2 das mit Besitz verbundene persönliche Recht nicht in ein dingliches Recht verwandelt[8]). Wohl aber verschafft ihm der Besitz in bestimmter Richtung dingliche Wirksamkeit. Hier bewährt eben der Fahrnisbesitz die von der Gewere ererbte Kraft, die äußere Sachherrschaft unabhängig von dem inneren sachenrechtlichen Verhältnisse zur dinglichen Rechtsstellung zu verstärken.

IV. Die Bestimmung des § 986 Abs. 2 gehört ausschließlich dem Fahrnisrechte an[9]). Das Liegenschaftsrecht knüpft eine entsprechende, aber ungleich stärkere Verdinglichung persönlicher Rechte an den Miets- und Pachtbesitz[10]), weiß dagegen im Uebrigen nichts von einem das Gebiet des Besitzschutzes überschreitenden Einwendungsrecht aus dem Besitze.

---

[7]) Daß § 986 Abs. 2 eine Verweisung auf § 931 enthält, der auf die Pfandrechtsbestellung nicht anwendbar ist, steht um so weniger entgegen, als sich in § 1207 eine Verweisung auf § 934 und in § 1208 eine Verweisung auf § 936 Abs. 3 findet, die §§ 934 und 936 Abs. 3 aber auf § 931 Bezug nehmen. Dem § 931 ist hier eben überall und so auch bei der entsprechenden Anwendung von § 986 Abs. 2 der § 1205 Abs. 2 zu substituiren.

[8]) Vgl. Crome a. a. O. S. 66 ff., der dies namentlich für das Miets- und Pachtrecht nachweist.

[9]) Über die Tragweite dieser Beschränkung gilt das oben Gesagte; Kap. II Anm. 39—43.

[10]) Vgl. oben Kap. I Anm. 49.

Kap. IV.

Das Klagerecht aus dem früheren Besitz.

I. Die germanische Anschauung, daß die Gewere nicht blos als solche Schutz verdiene, sondern einen Anspruch auf Verwirklichung des ihr entsprechenden sachenrechtlichen Zustandes begründe, wirkte auf die schon durch das kanonische Recht und die italienische Doktrin und sodann durch die deutsche Praxis vollzogene Umbildung der possessorischen Interdikte kräftig ein[1]. Das aus dem Interdictum uti possidetis entwickelte Possessorium ordinarium empfing nicht nur unter Verwischung der Grenzen zwischen Besitzstörung und Besitzentziehung zugleich rekuperatorische Funktion[2], sondern büßte, indem nach deutschrechtlichem Vorbilde einerseits die Entscheidung der Besitzfrage zu Gunsten des älteren Besitzes, andrerseits die Zulassung von Einreden aus dem besseren Besitzrecht üblich wurde[3], mehr

---

[1] Vgl. Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart S. 131 ff., 256 ff., 389 ff.; Jahrb. des gem. R. IV 1 ff.; Die Besitzklagen des röm. und heutigen R. (1857), § 11, 14, 20 ff. Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts S. 80 ff., Jahrb. f. Dogm. X 110 ff.; Heusler, Gewere S. 304 ff., 452 ff. Dernburg, Preuß. PR. I § 157. Stobbe-Lehmann, Deut. PR. II. 237 ff.

[2] Bruns, Jahrb. IV 49; Heusler, Gewere S. 311 ff.; Stobbe-Lehmann II 239. Der Grund lag darin, daß man die deutschrechtliche Annahme einer Fortdauer der Gewere trotz rechtswidriger Dejektion auf den Besitz übertrug („possessionem solo animo retinet“); vgl. Bruns, Recht des Besitzes S. 260 ff., Jahrb. IV 46 ff.; Delbrück, Dingliche Klage S. 103 ff., 134 ff.; Heusler a. a. O. S. 307 ff., 452 ff.

[3] Delbrück a. a. O. S. 115 ff., 124 ff.; Bruns, Jahrb. IV 57 ff., 72 ff., 86; Heusler a. a. O. S. 306 ff., 321 ff., 453 ff.

und mehr den rein possessorischen Charakter überhaupt ein und ging nahezu in eine petitorische Klage aus dem besseren Besitzrecht über[4]). Dafür wurde in dem Possessorium summariissimum ein rein possessorisches Rechtsmittel behufs vorläufiger Regelung des Besitzstandes geschaffen[5]). Das Interdictum unde vi wurde durch die aus der exceptio spolii erwachsene Spolienklage des kanonischen Rechts erweitert oder eigentlich verdrängt[6]), die Spolienklage aber wurde mehr und mehr zu einem allgemeinen Rechtsmittel behufs Wiedererlangung von unfreiwillig verlornem Besitz ausgebildet[7]) und näherte sich, zumal gegen sie gleichfalls petitorische Einreden zugelassen wurden, der deutschrechtlichen Klage aus früherer Gewere an[8]).

---

[4]) Delbrück a. a. O. S. 128 ff. nimmt an, daß im gemeinen Rechte die Umbildung des Ordinarium in eine petitorische Klage aus dem besseren Besitzrecht vollendet sei. Ebenso Ziebarth, Die Realexekution und die Obligation (1866), S. 257 ff. Vgl. auch Pflüger, Die sog. Besitzklagen des röm. R. (1890), S. 379 ff., 395 ff. Geht diese Annahme auch zu weit, so unterschätzen doch die Gegner Delbrücks die geschichtliche und praktische Bedeutung des Vorganges. So Bruns, Jahrb. IV 85 ff., Besitzklagen S. 222 ff., 224; Heusler S. 305 ff.; Meischeider, Besitz und Besitzschutz, S. 154 ff.; Stobbe-Lehmann II 238 ff.; Randa, Besitz § 7a Anm. 11. Richtig Dernburg a. a. O. I 353, Pand. I 441.

[5]) Savigny § 51; Bruns, Besitz S. 182 ff., 232 ff., 261 ff., 375 ff., 397 ff., 419 ff., Jahrb. IV 67 ff., Meischeider S. 142 ff.; 161 ff.; Wetzell, Zivilproz. § 30; Randa S. 199 ff.

[6]) Savigny § 50; Duncker, Z. f. Deut. R. II, 2 S. 96 ff.; Bruns, Besitz S. 131 ff., Besitzklagen S. 212 ff.; Delbrück a. a. O. S. 147 ff.; Maaßen, Jahrb. des gem. R. III 227 ff.; Meischeider S. 144 ff., 166 ff.; Randa S. 217 ff.

[7]) Bruns, Besitz S. 219 ff., 249 ff., 256 ff., 374 ff., 390 ff., Jahrb. IV 68 ff., Besitzklagen S. 219 ff.; Delbrück S. 156 ff.; Meischeider § 28 ff.; Heusler S. 453; Stobbe-Lehmann II 241 ff. Allgemein wurde sie auf den Fahrnisbesitz und den Rechtsbesitz ausgedehnt und meist auch dem bloßen Detentor gegeben. Als Klagegrund wurde nicht blos gewaltsame Besitzentziehung, sondern jeder unfreiwillige Besitzverlust (und selbst eine bedeutendere Besitzstörung) anerkannt. Die Klage wurde nicht nur gegen jeden dritten unredlichen Erwerber, sondern vielfach auch gegen den dritten redlichen Besitzer zugelassen. Oft wurde dem Beklagten der Beweis des rechtsverbindlichen Besitzverlustes auf Seiten des Klägers oder des eignen rechtmäßigen Besitzerwerbes aufgebürdet.

[8]) Delbrück a. a. O. S. 150 ff. und Jahrb. f. Dogm. X 129 ff. und Ziebarth a. a. O. S. 262 ff. und 270 ff. behaupten sogar, daß die Spolienklage ihrem Wesen nach petitorisch geworden sei und sich mit der dinglichen Klage des deutschen Rechts decke. Vgl. dagegen Bruns, Besitzklage S. 212 ff., Stobbe-Lehmann § 91 Anm. 51, Randa § 7a Anm. 45.

Die romanistische Gegenströmung des neunzehnten Jahrhunderts hat den überkommenen Besitzklagen, so wenig sie die eingedrungenen deutschrechtlichen Elemente völlig auszumerzen vermochte, doch den Charakter rein possessorischer Rechtsmittel zurückerobert[9]). Dem gemeinen Recht ist daher eine petitorische Klage aus dem Besitz als solchem fremd. Nur der titulierte gutgläubige Besitz wird als eigentumsähnliches Verhältnis behandelt und erzeugt die der Eigentumsklage nachgebildete, von den Römern auf die Fiktion vollendeter Ersitzung gegründete Publizianische Klage gegen jeden minderberechtigten Besitzer.

Dagegen hat in der Landesgesetzgebung der deutschrechtliche Einfluß zum Teil die Ausbildung besonderer petitorischer Besitzrechtsklagen neben den possessorischen Besitzschutzmitteln erwirkt. Mitunter ist es nur zu einer Erweiterung der Publizianischen Klage gekommen[10]). Bisweilen aber ist eine dingliche Klage aus dem

---

[9]) Im gemeinen Rechte wird die aus dem Possessorium ordinarium hervorgegangene ordentliche Besitzklage nur zum Schutze des juristischen Besitzes (R. Ger. XXXIII Nr. 101) als reine Besitzstörungsklage, die aber im Erfolge auch rekuperatorisch wirken kann (Seuff. VII Nr. 41, Dernburg, Pand. § 186 Anm. 19), gegen den Besitzstörer gegeben; der Vorzug des älteren Besitzes hat sich nur in Gestalt einer Besitzvermutung auf Grund älterer Besitzhandlungen erhalten (Seuff. XIV Nr. 8, XV Nr. 149, XVIII Nr. 14). Daneben besteht der im Possessorium summariissimum entwickelte Schutz des jüngsten ruhigen Besitzes fort (R. Ger. IV 405 und b. Seuff. LI Nr. 96). Als Rechtsmittel zur Wiedererlangung von rechtswidrig entzogenem Besitz wird wegen jeder eigenmächtigen und unbefugten Besitzentziehung (vgl. Roth, DPR. III § 229 Anm. 127) die Spolienklage zugelassen, die von der neueren Praxis unbedenklich jedem selbstnützigen Detentor gewährt wird (R. Ger. V Nr. 42, XXX Nr. 42, XXXIII Nr. 101, Seuff. XL Nr. 96, XLII Nr. 99, XLVII Nr. 185, LI Nr. 76). Doch wird sie nur gegen den Spolianten und gegen einen solchen dritten Besitzer, der beim Erwerbe von der Besitzentziehung Kenntnis hatte, dagegen nicht mehr gegen den dritten redlichen Besitzer gegeben (Seuff. XXIII Nr. 137, XXVI Nr. 220). Auch sie ist bloßes Besitzschutzmittel, sodaß Einreden aus dem Recht selbst gegen sie ausgeschlossen sind (R. Ger. V Nr. 42, XIV Nr. 102, Seuff. XXXIII Nr. 347, XLII Nr. 99, XLV Nr. 127, LI Nr. 95). Hier ist aber auch die Einrede des fehlerhaften Besitzes unstatthaft (R. Ger. b. Seuff. XLI Nr. 261). Die ältere (von Bähr, Urteile des Reichsgerichts S. 47, Jahrb. f. Dogm. XXVI 303, und Dernburg a. a. O. Anm. 12 verteidigte) Praxis, nach der nicht dem Kläger der Beweis des unfreiwilligen Besitzverlustes, sondern dem Beklagten der Beweis des rechtmäßigen Besitzerwerbes obliegt, hat das Reichsgericht verworfen (XXX Nr. 32).

[10]) So im Bayr. LR. II c. 9 § 2. Auch im Zürich. GB. § 92 ff., Schaffhaus. GB. § 458 ff.; vgl. Huber, Schweiz. PR. III 133. — Die vom Oesterr. Gb. § 372—375 (neben dem Besitzschutz aus § 339—347) gegebene „Eigentums-

älteren Besitz als solchem durchgedrungen. Insbesondere gewährt das Preußische Landrecht, während es einen Besitzschutz nur in Gestalt des Possessorium summariissimum kennt [11]), eine allgemeine Klage aus früherem Besitz gegen jeden Schlechterberechtigten [12]). Anderswo erhielt sich mehr oder minder unversehrt die deutschrechtliche Fahrnisklage aus unfreiwilligen Besitzverlust [13]). Umgekehrt büßte mehrfach der Liegenschaftsbesitz die Bedeutung eines Rechtsgrundes für dingliche Ansprüche völlig ein [14]). Das französische Recht schränkt den possessorischen Schutz überhaupt auf qualifizierten Liegenschaftsbesitz ein [15]), stattet dagegen den Fahrnisbesitz mit dem Eigentumsschutze aus, so daß im Fahrnisrecht die Eigentumsklage in der Besitzrechtsklage aufgeht [16]).

klage aus dem rechtlich vermuteten Eigentum" deckt sich im wesentlichen mit der Publiciana; Krainz I § 245. Ganz römisch ist im Sächs. Gb. (neben dem zum Inhaberschutz erweiterten Besitzschutz der §§ 205—209) die Publizianische Klage der §§ 325—327 gestaltet.

[11]) Preuß. LR. I, 7 § 146 ff., AGO. I, 31; Dernburg, Preuß. PR. I § 157—158. Das Rechtsmittel umfaßt den Schutz gegen Störung wie gegen Entziehung. Es steht auch dem Inhaber und selbst dem fehlerhaften Inhaber (RGer. XXXIV Nr. 112) zu. Doch ist die Einrede des dem Gegner gegenüber fehlerhaften Besitzes zulässig. Klagegrund ist jeder unbefugte, aber nur ein „neuerlicher" Eingriff. Die Klage geht auch gegen die Erben, nicht aber gegen Dritte. Entscheidend ist der jüngste ruhige Besitzstand. Schadensersatzansprüche sind in besonderem Verfahren geltend zu machen.

[12]) Preuß. LR. I, 7 § 161 ff. Vgl. Brünneck bei Gruchot XI 840 ff.; Glasenapp, ebenda XXXIV 266 ff.; Ziebarth a. a. O. S. 301 ff.; Förster-Eccius § 164; Dernburg a. a. O. § 249; Roth a. a. O. § 265. Die Klage hat jeder frühere Besitzer oder auch Inhaber, falls er früheren Besitz und schwächeres Besitzrecht des Gegners darthut. Beweist er unfreiwilligen Besitzverlust, so muß der Beklagte seinen Besitz rechtfertigen. Auch gegen den redlichen Besitzer dringt der Kläger durch, wenn er von demselben Vorgänger älteren redlichen Besitz erworben hatte. Der Beklagte siegt, wenn er nachweist, daß der Besitz des Klägers unredlich oder bloße Inhabung für den Beklagten war.

[13]) Oft wird sie freilich, wennschon sie jedem früheren Inhaber gegen den Schlechterberechtigten gegeben wird, als Vindikation bezeichnet; vgl. Stobbe-Lehmann II § 93 Anm. 7; Freiburger C. c. b. Huber III 132.

[14]) So nach dem Oesterr. R., das die Publizianische Klage nur aus dem Tabularbesitz, nicht aus dem leiblichen Besitz gewährt; Krainz I § 663; a. M. freilich Randa, Besitz § 5 Anm. 22, Eigentum § 17 Anm. 18. Auch das Sächs. Gb. § 325 ff. kennt die Besitzrechtsklage nur bei Fahrnis. Dagegen ist die preußischrechtliche Klage aus dem älteren Besitz auch bei Grundstücken zulässig.

[15]) Code civ. a. 2230; Zachariae-Crome § 157—165.

[16]) Vgl. R.Ger. XXVIII Nr. 88.

Das bürgerliche Gesetzbuch giebt neben dem umfassenden rein possessorischen Schutze, den es allem Besitze gewährt, zum Schutze der Besitzrechte an Grundstücken lediglich die Klage aus dem Rechte selbst. Die Besitzrechte an beweglichen Sachen aber schützt es nicht nur durch die Klage aus dem Rechte selbst, sondern überdies durch eine der Fahrnisklage aus früherer Gewere verwandte Klage aus früherem Besitz. Diese Klage ist in § 1007 in freilich nicht besonders durchsichtiger Weise geregelt[17].

II. Die Klage aus dem früheren Besitz kann auf zweierlei Weise begründet werden. Den ersten notwendigen Bestandteil des Klagegrundes bildet stets der frühere Besitz. Den erforderlichen zweiten Bestandteil aber kann entweder der böse Glaube des Beklagten oder der unfreiwillige Besitzverlust des Klägers bilden. Nur wenn es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt, kann die Begründung der Klage lediglich durch Berufung auf den bösen Glauben des Beklagten erfolgen.

1) Der Kläger muß also in jedem Falle zuvörderst behaupten und beweisen, daß er die Sache einmal im Besitz gehabt hat. Auf die Beschaffenheit dieses Besitzes kommt nichts an. Nicht blos Eigenbesitz und neben ihm nicht blos Nießbrauchs- und Pfandbesitz, sondern auch der Besitz des Mieters, Pächters, Entleihers, Verwahrers, Finders usw. kann dem Anspruche zu Grunde gelegt werden. Nur die nicht als Besitz anerkannte Inhabung des unselbständigen Besitzdieners (§ 855) erzeugt so wenig diesen wie irgend einen anderen Besitzanspruch. Zweifellos genügt auch früherer mittelbarer Besitz. Wer eine Sache, die er zu Nießbrauch, als Pfand, zur Miete, in Verwahrung usw. gegeben hat, bei einem Dritten antrifft, braucht, um den Anspruch auf ihre Herausgabe zu begründen, nicht bis auf die Zeit seines unmittelbaren Besitzes, sondern nur bis auf einen Zeitpunkt, in dem er als Besitzherr anerkannt war, zurückzugreifen. Aber auch der frühere mittelbare Besitzer, der niemals unmittelbarer Besitzer gewesen war, weil er etwa durch constitutum possessorium mittelbaren Eigen- oder Nießbrauchsbesitz oder durch Anspruchsabtretung mittelbaren Pfandbesitz erlangt hatte, kann den Anspruch aus § 1007 erheben. Wer sich auf früheren Mitbesitz beruft, kann Dritten gegenüber den Anspruch

---

[17]) Entw. I war ganz römisch; er nahm die Publizianische Klage, wenngleich nur für bewegliche Sachen, auf (§ 945), lehnte dagegen die deutschrechtliche Fahrnisklage aus älterem Besitz ab. Vgl. Motive III 429 ff.

auf Herausgabe in Ansehung der ganzen Sache geltend machen, jedoch nur die Herausgabe an alle damaligen Mitbesitzer oder die Hinterlegung für sie alle fordern; den Mitbesitzern gegenüber darbt er der Besitzrechtsklage[18]). Von selbst versteht es sich, daß der Kläger, da der Anspruch aus § 1007 so gut wie der Vindikationsanspruch vererblich und übertragbar ist, seine Klage auch auf früheren Besitz seines Erblassers oder seines Anspruchszedenten gründen kann.

2) Der Kläger muß überdies entweder bösen Glauben des Beklagten oder eignen unfreiwilligen Besitzverlust behaupten und beweisen.

a. Wählt er den ersten Weg, so muß er darthun, daß der Beklagte „bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war." Er muß also, da auf den Eintritt von bösem oder gutem Glauben nach der Zeit des Besitzerwerbes nichts ankommt, die Art des fremden Besitzerwerbes aufdecken und den ihr anhaftenden Redlichkeitsmangel nachweisen. Der Besitzerwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn er weiß oder nur in Folge grober Fahrlässigkeit nicht weiß[19]), daß er kein Recht auf den Besitz hat. Nicht in gutem Glauben ist, wer die Sache einseitig in Besitz nimmt, obschon er weiß oder ohne grobes Verschulden wissen müßte, daß er zur Besitzergreifung nicht befugt ist; somit nicht blos der Dieb oder Räuber, sondern auch der Eigentümer, der die Sache heimlich oder gewaltsam dem Nießbraucher, Pfandgläubiger, Mieter usw. wegnimmt; der eigenmächtige Pfandnehmer, dem kein Pfändungsrecht zur Seite steht; der vermeintliche Finder oder Okkupant, der in unentschuldbarem Irrtum eine vorübergehend unbewachte Sache als

---

[18]) Dies folgt aus der unbedenklich gebotenen entsprechenden Anwendung des § 1011 (mit Verweisung auf § 432). Den Mitbesitzern steht also gegeneinander auf Grund des Mitbesitzes nur der Besitzschutzanspruch und auch dieser nur insoweit zu, als es sich nicht blos um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauches handelt (§ 866). — Zweifelhaft ist, ob früherer Teilbesitz an einer beweglichen Sache den Anspruch aus § 1007 begründen kann. Man wird, da gegenwärtiger Teilbesitz den vollen Besitzschutz genießt (§ 865), die Frage bejahen müssen. Anstatt der Herausgabe der Sache kann natürlich nur die Ueberlassung des Besitzes an dem früher besessenen Sachteile verlangt werden.

[19]) Die in § 932 Abs. 2 ausgesprochene Gleichstellung des grobfahrlässig verschuldeten Nichtwissens mit dem Wissen ist auf alle Fälle zu beziehen, in denen guter Glaube oder Abwesenheit des Mangels von gutem Glauben gefordert und nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt wird.

verloren oder herrenlos in Besitz nimmt. Nicht in gutem Glauben ist ferner, wer sich Besitz von einem Anderen übertragen läßt, obschon er weiß oder ohne grobes Verschulden wissen müßte, daß der Andere unbefugt handelt; somit nicht blos der Hehler, sondern Jeder, der vom Nichteigentümer ohne den zum entsprechenden Rechtserwerbe erforderlichen guten Glauben Eigenbesitz, Nießbrauchsbesitz oder Pfandbesitz erwirbt; desgleichen Jeder, der sich von einem Anderen, dessen Nichtberechtigung zu solcher Verfügung er kennt oder kennen muß, Miets-, Pacht-, Leih-, Verwahrungsbesitz usw. einräumen läßt.

b. Wählt der Kläger den zweiten Weg, so muß er nachweisen, daß die Sache ihm gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist. Stützt er sich auf früheren mittelbaren Besitz, so hat er den unfreiwilligen Besitzverlust in der Person des unmittelbaren Besitzers zu erweisen (§ 935 Abs. 1)[20]. Auch genügt es natürlich, wenn er beweist, daß die Sache seinem Erblasser oder seinem Anspruchszedenten abhanden gekommen ist. Der Nachweis des unfreiwilligen Besitzverlustes enthebt nicht nur den Kläger der Notwendigkeit, sich auf bösen Glauben des Beklagten zu berufen, sondern entzieht auch dem Beklagten die Möglichkeit, durch den Nachweis des gutgläubigen Besitzerwerbes den Klagegrund zu entkräften. Denn in diesem Falle geht der Anspruch aus § 1007 auch gegen „den gutgläubigen Besitzer".

III. Die Klage aus dem früheren Besitz richtet sich gegen den gegenwärtigen Besitzer. Hier wie bei der Vindikation (§ 985) und dem Anspruche des Nießbrauchers oder Pfandgläubigers auf Herausgabe der Sache ist nur der Besitzer und jeder Besitzer rechter Beklagter.

Somit kann der Anspruch gegen den bloßen Inhaber im Sinne des § 855 nicht erhoben werden. Gleich dem Eigentumsstreite ist der Streit aus § 1007 nicht mit dem Besitzdiener, sondern mit dem durch ihn Besitzenden auszufechten. Wer auf Grund seines früheren Besitzes eine Sache herausverlangt, die ein Dienstbote, ein Geschäftsgehülfe, ein unselbständiger Verwalter für den Haus- oder Geschäftsherrn inne hat, muß gegen den Haus- oder Geschäftsherrn klagen. Ebenso geht, wenn Jemand als Organ des Staats, einer Gemeinde oder einer anderen juristischen Person des öffentlichen

---

[20]) Auch hier gilt das oben Kap. II Anm. 13 Bemerkte.

oder Privatrechts Besitz ausübt, die Klage gegen die juristische Person.

Auf der anderen Seite kann der Anspruch gegen jeden Besitzer geltend gemacht werden. Zweifellos ist er nicht nur gegen den Alleinbesitzer, sondern auch gegen den Mitbesitzer und gegen den Teilbesitzer begründet. Er ist aber auch gegen den nur mittelbaren Besitzer zu gewähren. Dies bedarf indeß näherer Erörterung.

Die Entscheidung der Frage, ob die Klage aus § 1007 gegen den mittelbaren Besitzer geht, hängt davon ab, ob durch § 985 die Vindikation gegen den mittelbaren Besitzer zugelassen oder versagt ist. Über diese Frage ist bereits lebhafter Streit entbrannt[21]. Ausdrücklich ist sie im Gesetzbuche nicht entschieden. Bei der Beratung erlangte der Antrag, durch eine besondere Vorschrift dem Eigentümer gegen den mittelbaren Besitzer einen Anspruch auf Überlassung des mittelbaren Besitzes zuzusprechen, nicht die Mehrheit; allein auch die durch Mehrheitsbeschluß eingeführte Vorschrift, die einen solchen Anspruch ausdrücklich verneinte, ist wieder gestrichen worden[22]. Der nunmehrige Wortlaut spricht für die Zulässigkeit der Vindikation gegen den mittelbaren Besitzer. Denn nach § 868 ist der mittelbare Besitzer auch „Besitzer". Im Zweifel ist daher im bürgerlichen Gesetzbuch unter „Besitz" der mittelbare Besitz stets mitzuverstehen. Die gegenteilige Annahme ist vollkommen willkürlich[23]. Nur zwingende Gründe rechtfertigen also eine Auslegung, durch die eine für den Besitz gegebene Vorschrift auf den unmittelbaren Besitz eingeschränkt wird. Solche Gründe sind hier nicht vorhanden. Daß der Anspruch des § 985 auf „die Herausgabe der Sache" geht, nötigt nicht zur Versagung des Anspruches gegen den mittelbaren Besitzer. Denn in dem Anspruch auf Herausgabe der Sache ist der Anspruch auf Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache

---

[21]) Für die Zulässigkeit der Vindikation erklären sich z. B. Bekker a. a. O. S. 45, Fischer und Henle, Anm. 2 zu § 985, Achilles zu § 985, G. v. Buchka, Vergleichende Darstellung des BGB. für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts (Berlin 1897), S. 196—197. Dagegen Gareis, Einf. S. 237 ff. (freilich unter Bezugnahme auf die nicht mehr passenden Ausführungen bei Neatz zu dem ehemaligen § 899), Bunsen, Einführung II 115, besonders aber Wendt a. a. O. S. 68 ff.

[22]) Vgl. Neatz I 483—488, Wendt a. a. O. S. 76 ff.

[23]) Sie liegt der Beweisführung von Wendt zu Grunde, vgl. oben Kap. I Anm. 15.

und somit auf Überlassung des mittelbaren Besitzes mitenthalten[24]). Überdies kann ja die Verurteilung des mittelbaren Besitzers zur leiblichen Herausgabe der Sache für den Fall der Erlangung des unmittelbaren Besitzes erfolgen[25]). Ebensowenig spricht es gegen die Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers, daß die Vindikation immer auch gegen den unmittelbaren Besitzer angestellt werden kann und daß für diesen Fall besondere Vorschriften getroffen sind[26]). Denn hiermit wird dem Eigentümer in keiner Weise das Recht entzogen, die Klage, wenn er dies vorzieht, gegen den mittelbaren Besitzer zu richten[27]). Ist aber die ausdehnende Auslegung des § 985 aus äußeren Gründen zulässig, so ist sie aus inneren Gründen ge-

---

[24]) Dies muß auch die Kommission angenommen haben, als sie, um einen solchen Anspruch abzuschneiden, den gestrichenen Abs. 2 des damaligen § 899 einfügte; Reatz a. a. O.

[25]) Ein Antrag, der dies ausdrücklich feststellen wollte, war in der Kommission gestellt; Reatz a. a. O. S. 484.

[26]) Nach § 986 Abs. 1 kann der Besitzer sich gegen den Eigentumsanspruch mit dem Besitzrecht des mittelbaren Besitzers, von dem er seinen Besitz ableitet, verteidigen; ist aber die Besitzüberlassung seitens des mittelbaren Besitzers dem Eigentümer gegenüber unbefugt erfolgt, so kann der Eigentümer von dem Besitzer die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer oder, wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann, an sich selbst verlangen. Nach § 991 tritt für den Lehnbesitzer die durch bösen Glauben bewirkte Verpflichtung zur Herausgabe der Nutzungen (§ 990) nur ein, wenn auch der mittelbare Besitzer sich in bösem Glauben befindet oder gegen ihn die Rechtshängigkeit eingetreten ist; für verschuldete Beschädigung, Zerstörung oder Verbringung der Sache haftet der unmittelbare Besitzer auch dann, wenn er gutgläubig ist, dem Eigentümer vom Besitzerwerbe an insoweit, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich wäre.

[27]) Hat doch auch umgekehrt, wenn der Besitz dem unmittelbaren Besitzer durch verbotene Eigenmacht entzogen ist, neben ihm zugleich der mittelbare Besitzer und zwar auch gegen den Eigentümer den Besitzschutzanspruch, vermöge dessen er die Wiedereinräumung des Besitzes nach der dem § 986 Abs. 1 entsprechenden Vorschrift des § 869 zunächst an den bisherigen Besitzer und eventuell an sich selbst verlangen kann. In § 991 finden Fischer und Henle a. a. O. sogar die Möglichkeit einer Vindikation gegen den mittelbaren Besitzer indirekt ausgesprochen. Es ist indeß Wendt a. a. O. S. 74 ff. zuzugeben, daß bei dem Eintritt der Rechtshängigkeit gegen den mittelbaren Besitzer an die in Aussicht genommene Wirkung der Streitverkündigung (CPO. § 73) gedacht sein kann. Nicht schlüssig ist andererseits das von Wendt S. 73 aus § 941 hergenommene Argument, da hier zwar gesagt ist, daß die Ersitzung auch durch die Erhebung der Klage gegen den abgeleiteten Besitzer unterbrochen wird, keineswegs aber, daß nicht die Erhebung der Klage gegen den mittelbaren Eigenbesitzer dieselbe Wirkung hat. Der Wortlaut spricht viel mehr für das Gegenteil.

boten. Denn bei dem weiten Umfange des mittelbaren Besitzes würde der Eigentumsschutz höchst unvollkommen und unzweckmäßig geordnet sein, wenn der Eigentümer gezwungen wäre, die Vindikation stets nur gegen den unmittelbaren Besitzer zu richten. Soll der Eigentümer eines Hauses, das lediglich von einem Dutzend Mieter unmittelbar besessen wird, gegen sämtliche Miether vindizieren? Soll der wahre Eigentümer gegen den nur mittelbar besitzenden Bucheigentümer nicht mit der Vindikation zugleich die Grundbuchberichtigung und die Besitzübertragung durchsetzen können, sondern gegen ihn nur auf Berichtigung des Grundbuchs klagen dürfen und außerdem gegen den Pächter vindizieren müssen? Soll der Eigentumsstreit über ein Pferd, daß mit anderen Pferden beider Teile in einem Reitinstitut in Pension steht und auf alle Fälle dort bleiben wird, notwendig mit einer Klage gegen den Besitzer des Reitinstituts eingeleitet werden? Soll die Reichsbank bei allen Prozessen über das Eigentum an Wertpapieren und Wertsachen, die bei ihr hinterlegt sind, alleinige rechte Beklagte sein? In vielen Fällen würde durch eine solche Rechtsordnung, da doch der am Ausgange des Rechtsstreites gar nicht interessierte Beklagte alsbald sich mit Hilfe des § 73 der Civilprozeßordnung thatsächlich dem Prozesse entziehen wird, der Eigentümer zu einem mit Kosten- und Zeitverlust verbundenen Umwege gezwungen. In manchen Fällen aber würde ihm die Eigentumsverfolgung geradezu unmöglich gemacht werden. So könnte es vorkommen, daß er den augenblicklichen unmittelbaren Besitzer einer regelmäßig ausgeliehenen Sache gar nicht zu ermitteln imstande wäre, der mittelbare Besitzer sich aber hinter die Position seines nur mittelbaren Besitzes zurückzöge und die Nennung des unmittelbaren Besitzers verweigerte. Man denke z. B. an ein einer Leihbibliothek einverleibtes Buch! Dazu kommt die außerordentliche Flüssigkeit und Unsicherheit der Grenzlinien zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitz[28]. Oft wird der Eigentümer schwer feststellen können, ob ein Angestellter, Verwalter, Beauftragter usw. bloßer Besitzdiener im Sinne des § 855 oder Besitzer ist. Vindiziert er gegen ihn, weil er ihn für den Besitzer hält, so muß er abgewiesen werden, wenn der Richter die Überzeugung gewinnt, daß bloße Inhabung vorliegt. Richtet er aber nunmehr die Vindikation gegen den Geschäftsherrn, so droht ihm vielleicht das gleiche Schicksal, weil der Beklagte den Richter überzeugt, daß er nur mittelbarer

[28]) Vgl. oben Kap. I Anm. 8.

Besitzer ist. Schon sind in Bezug auf zahlreiche Verhältnisse entgegengesetzte Ansichten darüber ausgesprochen, ob sie unter § 855 fallen oder nicht. Sollen alle hier drohenden Streitfragen auf Kosten vindizierender Eigentümer ausgetragen werden? Läßt man die Vindikation gegen den mittelbaren Besitzer zu, so wird der Zustand erträglicher, da nun in zweifelhaften Fällen der Eigentümer ohne Gefahr gegen den Besitzherrn vorgehen kann.

Was für die Vindikation gilt, findet auf andere dingliche Ansprüche, die auf Herausgabe der Sache gehen, entsprechende Anwendung[29]). Es gilt insbesondere auch für den Anspruch aus § 1007. Hier ist sogar die Gestattung der Klage gegen den mittelbaren Besitzer ein noch dringenderes Bedürfnis, als beim Eigentumsstreit. Denn wenn man den Eigentümer damit tröstet, daß er für die Vindikation allenfalls in einer Feststellungsklage und unter Umständen auch in der Negatorienklage einen Ersatz finden werde, so sind solche Ersatzmittel für die Klage aus dem früheren Besitz schlechthin nicht geboten.

IV. Die Verteidigungsmittel gegen die Klage zerfallen in solche, die dem Beklagten in jedem Falle zustehen, und solche, die nur der gutgläubige Besitzer gegen die auf unfreiwilligen Besitzverlust gegründete Klage hat.

1. In jedem Falle kann zunächst der Beklagte ein besseres Recht zum Besitz geltend machen. Er kann gemäß der Verweisung auf § 986 die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht ableitet, dem früheren Besitzer gegenüber zum Besitze berechtigt ist[30]). Das Besitzrecht,

---

[29]) BGB. § 1017 Abs. 2 (Anspruch des Erbbauberechtigten), § 1065 (des Nießbrauchers), § 1227 (des Faustpfandgläubigers). — Wendt a. a. O. S. 69 führt gegen die hier vertretene Ansicht an, daß dann auch die Ansprüche aus § 809, aus §§ 867 und 1005 und aus § 836 gegen den mittelbaren Besitzer gegeben sein müßten. In der That ist die actio ad exhibendum aus § 809 beispielsweise gegen den mittelbaren Besitzer hinterlegter Wertpapiere kaum zu versagen. Ebensowenig unterliegt es einem Bedenken, den Abholungsanspruch aus § 867 und § 1005 gegen den mittelbaren Besitzer des Grundstücks zu gewähren, falls dieser die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache nicht gestatten will und als Besitzherr zu hindern in der Lage ist. Was aber die Ersatzpflicht aus Gebäudeeinsturz nach § 836 betrifft, so bürdet ja das Gesetzbuch dem mittelbaren Eigenbesitzer des Grundstücks, von dem Falle des § 837 abgesehen, durch die Fassung des § 838 ausdrücklich auch neben einem haftpflichtigen unmittelbaren Besitzer die Verantwortlichkeit auf.

[30]) Jedoch mit der Einschränkung, daß er, falls der mittelbare Besitzer dem früheren Besitzer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an ihn nicht be-

auf das er sich beruft, kann in einem dinglichen oder persönlichen Rechte wurzeln. Als dingliches Recht kann hier dem behaupteten Besitzrecht nicht blos Pfandrecht oder Nießbrauch, sondern auch Eigentum zu Grunde gelegt werden[31]). Der Beweis des dinglichen Rechts und selbst des Eigentums genügt freilich noch nicht, um das bessere Besitzrecht dem Kläger gegenüber darzuthun[32]). Wohl aber kann daraus in Verbindung mit anderen Umständen das bessere Besitzrecht folgen. So braucht z. B. der auf Grund gewaltsamer oder heimlicher Besitzergreifung an einer verpfändeten Sache beklagte Besitzer die Sache nicht herauszugeben, wenn er nachweist, daß er Eigentümer der Sache, das Pfandrecht des früheren Besitzers aber erloschen ist. Ebenso kann der Besitzer auch im Falle bösgläubigen Besitzerwerbes die Herausgabe der Sache, an der er Eigentum oder sonstiges dingliches Recht hat, verweigern, wenn er darthut, daß der frühere Besitz des Klägers auf einem vom Erblasser desselben erworbenen und somit erloschenen Nießbrauch oder auf einem erledigten Miets- oder Pachtrechte beruht hat. Der Besitzer kann aber, wie immer er in den Besitz gelangt sein mag, dem Kläger auch jedes persönliche Besitzrecht entgegensetzen, das dieser gegen sich gelten lassen muß. So kann er sich auf einen für den Kläger verbindlichen Miets- oder Pachtvertrag oder sonstigen Besitzüberlassungsvertrag, der ihn zum Besitz berechtigt, berufen. Auch kann er einen Delikts- oder Bereicherungsanspruch, vermöge dessen er vom Kläger die Herausgabe der Sache verlangen kann, im Wege der Verweigerung der Herausgabe geltend machen. Hierbei kommt dem Besitzer, falls der frühere Besitz nur ein durch Abtretung des Herausgabeanspruchs erlangter mittelbarer Besitz war, auch die in § 986 Abs. 2 vorgesehene Erhaltung der gegen den Besitzvorgänger begründeten Einwendungen zu gute. Es handelt sich eben nicht

---

fugt war, die Sache dem mittelbaren Besitzer oder, wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann, dem früheren Besitzer herausgeben muß; oben Anm. 26.

[31]) Zum Beweise seines Eigentums oder dinglichen Rechts kann hier der Beklagte die Vermutung aus seinem gegenwärtigen Besitz nach § 1006 nicht benutzen, da ihn hieran entweder bösgläubiger Besitzerwerb, der die Vermutung widerlegt, oder unfreiwilliger Besitzverlust des Gegners, der die Vermutung entkräftet, hindert. Wohl aber kann ihm unter Umständen die Vermutung aus eignem früherem Besitz zu gute kommen.

[32]) Daß der Klage aus unfreiwillig verlornem Besitz gegenüber eine besondere Einrede des Eigentums gegeben ist, liegt auf einem anderen Felde und ist später zu besprechen. Vgl. unten S. 61.

um einen Besitzstreit, in dem auch der materiell Besserberechtigte unter Umständen vorläufig weichen muß, sondern um einen Besitzrechtsstreit, in dem der Nachweis des besseren Besitzrechtes unbedingt den Sieg verleiht.

Dagegen genügt es zur Herbeiführung der Abweisung der Klage an sich nicht, wenn der Beklagte den Beweis führt, daß dem Kläger ein Besitzrecht nicht zusteht. Denn Klagegrund ist der Besitz, nicht das Besitzrecht. Während die Vindikation schon durch den Nachweis, daß das Eigentum an der Sache einem Dritten und somit nicht dem Kläger zusteht, abgeschlagen wird, ist hier ein solcher Nachweis bedeutungslos. Ebensowenig kann sich der Beklagte auf irgend ein besseres Besitzrecht berufen, das einem Dritten dem Kläger gegenüber gebührt. Er muß dem früheren Eigen-, Nießbrauchs- oder Pfandbesitzer die Sache herausgeben, wenn er auch beweist, daß Jener Eigentümer, Nießbraucher oder Pfandgläubiger nicht gewesen ist oder zu sein aufgehört hat und zur Herausgabe der Sache an einen Anderen verpflichtet ist. Dem Miets-, Pacht-, Leih- oder Verwahrungsbesitzer muß er die Sache auch dann zurückgeben, wenn dessen vertragsmäßiges Besitzrecht längst erledigt und der dritte Vermieter, Verpächter, Verleiher oder Hinterleger zur Rückforderung berechtigt ist. Sogar dem Finder kann er die Herausgabe der Sache auch dann nicht verweigern, wenn er den dritten Verlierer zu nennen vermag. Doch gewährt ihm das Gesetzbuch dafür zwei besondere Verteidigungsmittel, durch die er den früheren Besitz als solchen der Kraft entkleiden kann, den Besitzrechtsanspruch zu tragen.

Zunächst steht dem beklagten Besitzer stets die Einrede zu, daß der frühere Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war. Ueber die Fälle, in denen der gute Glaube beim Besitzerwerbe mangelt, ist schon gesprochen. Beweist der Beklagte den bösgläubigen Besitzerwerb des Klägers, so ist der Anspruch aus dem früheren Besitz schlechthin ausgeschlossen. Denn der unredlich erlangte Besitz ist niemals imstande, ein Recht auf den Besitz zu begründen. Stand dem früheren Besitzer gleichwohl ein Besitzrecht zu, so kann er doch dieses nicht auf den Besitz stützen. Für den Besitzrechtsstreit steht seine Nichtberechtigung fest. Hieran ändert es auch nichts, wenn der Beklagte selbst den Besitz bösgläubig erworben hat. Denn dann ist er aus seinem Besitz zwar nicht besser, aber auch nicht schlechter berechtigt. Es entscheidet also lediglich die gegenwärtige Besitzlage, die zwischen zwei unredlichen Besitz-

erwerbern zu verschieben das Recht keinen Anlaß hat. Somit kann der Dieb, obschon er gegen Entziehung des Besitzes den Besitzschutz genießt, doch die Besitzrechtsklage auch gegen den zweiten Dieb, der ihm die Sache gestohlen hat, nicht anstellen. Wer sich den Besitz unbefugt durch verbotene Eigenmacht verschafft hat, unterliegt mit der Klage aus § 1007 auch gegenüber dem, der ihm den Besitz gewaltsam wieder entrissen oder heimlich entzogen hat. Der Käufer eines gestohlenen oder verlorenen Inhaberpapiers, dem auch nur grob fahrlässiges Verschulden beim Ankaufe nachgewiesen wird, dringt mit der Besitzrechtsklage auch gegen den nicht durch, der das von Neuem gestohlene oder verlorne Papier in bewußt unredlicher Weise erworben hat.

Zweitens aber hat der Beklagte stets die Einrede, daß der frühere Besitzer den als Klagegrund nachgewiesenen Besitz freiwillig aufgegeben habe. Bewahrheitet er dies, so ist wiederum der Anspruch aus § 1007 schlechthin ausgeschlossen. Denn auf einen Besitz, den man selbst aufgegeben hat, kann man keinen Besitzrechtsanspruch mehr stützen. Es ist möglich, daß das Recht auf den Besitz gleichwohl fortbestanden hat oder von Neuem entstanden ist. Allein da kein etwa vorhandenes Besitzrecht des Klägers so beschaffen sein kann, daß der frühere Besitz es noch zu tragen vermöchte, ist der Klage das Fundament entzogen. Darum steht auch diese Einrede dem Beklagten ohne Rücksicht auf seinen guten oder bösen Glauben zu. Sie hat sogar nur für den bösgläubigen Besitzer praktische Bedeutung. Denn für den gutgläubigen Besitzer deckt sie sich mit der Bestreitung des Klagegrundes, da ja zu diesem hier die Behauptung gehört, daß die Sache dem früheren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sei, die Gegenbehauptung aber, daß der frühere Besitzer den Besitz aufgegeben habe, keine größere Tragweite als die Negation jener Behauptung hat. Der Besitzverlust kann nur ein unfreiwilliger oder ein freiwilliger gewesen sein: der Ausdruck „Abhandenkommen" aber umfaßt bei beweglichen Sachen alle Fälle des unfreiwilligen und der Ausdruck „Aufgeben" alle Fälle des freiwilligen Besitzverlustes[33]. „Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer

---

[33]) Hiernach ist die Fassung von § 1007 ungenau. Die dem Abs. 3 eingefügte Vorschrift, daß der Anspruch ausgeschlossen ist, wenn der frühere Besitzer den Besitz aufgegeben hat, hätte in Abs. 1 gehört. Im Falle des Abs. 2 entspringt daraus keine Einrede. Unternimmt hier der Beklagte den Beweis, daß

die thatsächliche Gewalt über die Sache aufgiebt oder in anderer Weise verliert" (§ 856 Abs. 3). Das Aufgeben des Besitzes erfolgt entweder durch einseitige Handlung (Dereliktion) oder durch Besitzübertragung. In beiden Fällen ist sowohl der Wille, nicht mehr Besitzer zu sein, als dessen thatsächliche Verwirklichung erforderlich. Ist die Sache im Zustande der Geistesabwesenheit oder von einem der erforderlichen Willensfähigkeit entbehrenden Kinde oder Geisteskranken weggeworfen oder veräußert und übergeben, so ist sie dem früheren Besitzer abhanden gekommen und kann von ihm oder seinem gesetzlichen Vertreter mit der Klage aus § 1007 verfolgt werden. Ebenso hat der frühere Besitzer den Besitz nicht aufgegeben, sondern unfreiwillig verloren, wenn der die thatsächliche Gewalt nur für ihn ausübende Inhaber unbefugterweise die Sache derelinquiert oder weggegeben hat. Dagegen hat der unmittelbare Besitzer die Macht, durch Aufgeben des Besitzes zugleich über den mittelbaren Besitz zu verfügen. Wird daher die Besitzrechtsklage auf früheren mittelbaren Besitz gegründet, so ist sie abzuweisen, wenn nachgewiesen wird, daß der frühere unmittelbare Besitzer, der den für die Klage angerufenen Besitz vermittelte, die Sache weggeworfen oder veräußert und übergeben hat. Kein Aufgeben des Besitzes liegt vor, so lange der Besitzer Besitz zurückbehält. Somit hat insbesondere der frühere Besitzer den Besitz nicht aufgegeben, wenn er sich zwar durch Uebergabe der Sache des unmittelbaren Besitzes entschlagen, jedoch den mittelbaren Besitz behalten hat. Der Beklagte kann die Herausgabe der Sache nicht verweigern, weil an ihr der Kläger einem Dritten Nießbrauchs-, Pfand-, Miets-, Leih- oder Verwahrungsbesitz eingeräumt hatte. Ebensowenig wird der Anspruch aus § 1007 dadurch ausgeschlossen, daß der Besitzmittler des Klägers den unmittelbaren Besitz unter Vorbehalt des mittelbaren Besitzes weiter übertragen oder ein solcher Vorgang sich mehrfach wiederholt hat. Erst wenn die Kette irgendwo abreißt, geht der Anspruch aus dem früheren Besitz nicht nur für den, der den Besitz aufgegeben hat, sondern auch für Jeden, dessen Besitz er vermittelte, verloren. Umgekehrt hat auch der unmittelbare Besitzer den Besitz nicht aufgegeben, wenn er einem Anderen nur mittelbaren Besitz eingeräumt hat. Der Beklagte kann daher die Klage

---

der frühere Besitzer den Besitz aufgegeben hat, so handelt es sich nur um einen Gegenbeweis gegen den vom Kläger zu führenden Beweis des unfreiwilligen Besitzverlustes.

aus dem früheren Besitz nicht dadurch abwehren, daß er sich auf eine im Wege des constitutum possessorium erfolgte Veräußerung beruft. Dagegen genügt es zur Ausschließung des Anspruches, wenn ein Aufgeben des mittelbaren Besitzes stattgefunden hat. Die Klage muß insbesondere abgewiesen werden, sobald der Beklagte nachweist, daß der Kläger oder sein Rechtsvorgänger die Sache im Wege der Uebergabe kurzer Hand oder der Anspruchsabtretung veräußert hat[34]).

2. Der gutgläubige Besitzer hat gegen die auf unfreiwilligen Verlust des früheren Besitzes gegründete Klage noch zwei weitere Einreden.

Er kann zunächst behaupten und beweisen, daß er Eigentümer der Sache sei. Die Berufung auf das Eigentum erscheint hier, während sie der Vindikation gegenüber Bestreitung des Klagegrundes ist, als besondere Einrede. Der bösgläubige Beklagte hat diese Einrede nicht, muß vielmehr, um die Abweisung des Klägers zu erzielen, außer seinem Eigentum ein daraus folgendes Besitzrecht gegenüber dem Kläger erweisen. So kann z. B., wer eine Sache dem gutgläubigen Eigenbesitzer gewaltsam oder heimlich weggenommen hat, sich nicht mit der einfachen Behauptung verteidigen, daß er der wahre Eigentümer sei, weil er die Sache dem Erblasser des Klägers zwar übergeben, aber nur verpfändet oder geliehen oder weil er inzwischen das Eigentum vom wahren Eigentümer durch Vindikationszession erworben habe. Ebensowenig genügt die bloße Eigentumsbehauptung, um den Angriff des Pfandgläubigers oder Mieters abzuwehren, dessen Besitz der Beklagte auf unredliche Weise an sich gebracht hat. Dagegen kann der gutgläubige Besitzer aus dem nackten Nachweise seines Eigentums eine vollwirksame Einrede herleiten. Nach dem Wortlaute des Gesetzes müßte nun sogar der Kläger unter allen Umständen unterliegen. Somit würde z. B. der Nießbraucher einer Bibliothek, der ein gestohlenes oder verlornes Buch dem gutgläubigen Erwerber abfordert, mit der Klage aus § 1007 stets abzuweisen sein, sobald sich herausstellt, daß der Erwerber zufällig der Eigentümer ist. Vielleicht aber war ihm dieser Umstand bei der Anstellung der Klage ganz unbekannt, indem z. B. das Eigentum erst kürzlich ohne sein Wissen vererbt oder

[34]) Vgl. § 929 S. 2 mit § 854 Abs. 2 nebst § 856 und § 931 mit § 870 nebst § 856.

durch Vindikationszession übertragen ist. Sein Nießbrauch besteht fort (§§ 935—936). Ob er aber wenigstens hinterher mit der dinglichen Klage aus dem Rechte selbst das Buch dem Sieger abfordern kann, ist zweifelhaft, da ihm die exceptio rei judicatae entgegengehalten werden könnte. Ebenso müßte der frühere Pfandbesitzer dem Eigentümer stets unterliegen, falls dieser die Sache ohne erweislichen bösen Glauben an sich gebracht hat. Desgleichen könnte der Eigentümer die Herausgabe einer von ihm selbst dem Kläger auf längere Zeit vermieteten oder verpachteten Sache verweigern, wenn dieser sie verloren und er sie gefunden hat. Ein so unbefriedigendes Ergebnis kann unmöglich gewollt sein. In dem Besitzrechtsstreite soll die Frage des Besitzrechts, soweit sie überhaupt unter den Parteien zur Sprache kommt, endgültig entschieden werden. Man wird daher annehmen müssen, daß der Kläger gegen die Einrede des Eigentums die Replik des besseren Besitzrechts in demselben Umfange hat, in dem er sie nach § 986 als Einrede gegen die Eigentumsklage des Beklagten hätte. Der Unterschied zwischen dem bösgläubigen und dem gutgläubigen Besitzer besteht nur darin, daß jener das ihm gegen den Kläger zustehende bessere Besitzrecht stets behaupten und beweisen, dieser, sobald er Eigentümer ist, Behauptung und Beweis eines besseren Besitzrechts auf Seiten des Klägers abwarten darf.

Die zweite dem gutgläubigen Besitzer stets zustehende Einrede geht dahin, daß die Sache ihm selbst vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen sei. Auch diese Einrede fehlt dem bösgläubigen Besitzer. Wohl kann auch er die Thatsache des eignen unfreiwilligen Besitzverlustes geltend machen, wenn er sie benutzt, um entweder eignes besseres Besitzrecht oder bösgläubigen Besitzerwerb des Klägers zu erweisen. Der gutgläubige Besitzer aber entzieht schon durch den einfachen Nachweis des früheren unfreiwilligen Besitzverlustes der gegen ihn gerichteten Klage den Boden. Er könnte ja seinerseits, falls der Kläger Besitzer wäre, diesem die Sache mit der Besitzrechtsklage abfordern. Allerdings ist es möglich, daß der Kläger trotzdem das bessere Besitzrecht hat. Er hat vielleicht die Sache, nachdem sie dem Beklagten abhanden gekommen war, in öffentlicher Versteigerung erworben. Vielleicht liegt der unfreiwillige Besitzverlust des Beklagten, — eine Zeitgrenze für die Berufung auf ihn ist nicht gezogen —, so weit zurück, daß der Kläger, als er den Besitz verlor, das Eigentum schon ersessen hatte. Der Beklagte ist vielleicht nur auf Zeit berechtigter oder überhaupt

unberechtigter Besitzer der Sache gewesen. Allein dies Alles ändert nichts daran, daß der Anspruch aus dem unfreiwillig verlornen früheren Besitz gegenüber der Einrede aus unfreiwillig verlornem noch früherem Besitz nicht zu bestehen vermag. Der Kläger mag sein besseres Besitzrecht mit der Klage aus dem Rechte selbst verfolgen. Mit der Besitzrechtsklage kann er es nicht durchsetzen, weil der von ihm angerufene Satz, dem zufolge der vom Besitz begründete Schein des Besitzrechts durch unfreiwilligen Verlust des Besitzes nicht zerstört wird, sich gegen ihn kehrt. Ist ihm aber so gegen die Einrede des früheren unfreiwilligen Besitzverlustes die Replik des besseren Besitzrechtes zu versagen, so muß ihm doch die Replik verstattet werden, daß der Beklagte den verlornen Besitz nicht in gutem Glauben erworben habe. Unmöglich kann der Beklagte mit seiner Einrede durchdringen, wenn ihm nachgewiesen wird, daß er die ihm abhanden gekommene Sache gestohlen oder sonst auf unredliche Weise an sich gebracht hatte. Denn dann würde er ja auch, wenn der Kläger Besitzer wäre, mit einer gegen ihn angestellten Klage aus dem früheren Besitz scheitern. Daß er seinen gegenwärtigen Besitz in gutem Glauben erworben hat, kann den seinem früheren Besitz anhaftenden Mangel nicht nachträglich heilen.

V. Der Anspruch aus dem früheren Besitz geht auf Herausgabe der Sache. Hinsichtlich des Inhaltes dieses Anspruches, der im Falle seiner Unerfüllbarkeit eintretenden Ersatzansprüche, der Nebenansprüche und der dem Beklagten zustehenden Gegenansprüche finden die für den Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung[35]. Es ist schon erwähnt, daß der frühere Mitbesitzer nur die Herausgabe der Sache an alle damaligen Mitbesitzer gemeinsam und der frühere Teilbesitzer nur die Wiedereinräumung des Besitzes am Sachteil verlangen kann; daß der Anspruch gegen den unmittelbaren Besitzer, dessen Besitzrecht zwar dem Kläger gegenüber hinfällig, jedoch von einem dem Kläger gegenüber wirksamen Besitzrecht abgeleitet ist, zunächst nur auf Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer geht; daß der Anspruch gegen den mittelbaren Besitzer sich auf Abtretung des Anspruches auf Herausgabe der Sache und nur eventuell auf Herausgabe der Sache selbst richtet[36]. Inwieweit der Beklagte,

[35] In § 1007 Abs. 3 S. 2 ist auf die Vorschriften der §§ 986—1003 verwiesen. Selbstverständlich ist aber § 998 unanwendbar.

[36] Vgl. oben Anm. 18, 24—26, 30.

wenn von ihm die Sache nicht herausgegeben werden kann, statt der Herausgabe Schadensersatz schuldet, entscheidet sich hier wie bei der Vindikation in verschiedener Weise, jenachdem der die Herausgabe vereitelnde Umstand vor oder nach Eintritt der Rechtshängigkeit eintritt, jenachdem der Beklagte in dem maßgebenden Zeitpunkte gutgläubiger oder bösgläubiger Besitzer war und jenachdem er im letzteren Fall den Besitz sich durch verbotene Eigenmacht oder strafbare Handlung verschafft oder auf anderem Wege erlangt hat[37]). Nach gleichen Regeln bestimmen sich hier wie bei der Vindikation die Ansprüche des Klägers auf Schadensersatz für Verschlechterung der herausgegebenen Sache[38]), nach ähnlichen Regeln seine Ansprüche auf Herausgabe gezogener Nutzungen und auf Ersatzleistung für nicht gezogene Nutzungen[39]). Was umgekehrt die Gegenansprüche des Beklagten betrifft, so hat der Besitzer hier das gleiche Recht auf Ersatz von Verwendungen und das gleiche Wegnahmerecht hinsichtlich der von ihm mit der Sache als wesentliche Bestandteile verbundenen Sachen, wie er sie im Falle der Vindikation haben würde[40]), und kann den Anspruch auf Ersatz von Verwendungen mit denselben Mitteln, die ihm dem Eigentümer gegenüber zu Gebote stehen würden, dem siegreichen früheren Besitzer gegenüber geltend machen[41]).

---

[37]) Gemäß § 989, 990, 991 Abs. 2, 992, 993 Abs. 1. Der Schadensersatzanspruch kann namentlich auch gegen den mittelbaren Besitzer praktisch werden, wenn dieser die verlangte Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache durch Abtretung an einen Dritten oder durch Verzicht vereitelt hat und hierfür entweder aus Verschulden nach Eintritt der Rechtshängigkeit oder während des bösgläubigen Besitzstandes haftet oder wegen Entziehung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht oder strafbare Handlung verantwortlich ist.

[38]) In den §§ 989, 990, 991 Abs. 2, 992 und 993 Abs. 1 mitgeregelt. Der Ersatzanspruch kann auch hier gegen den zur Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache verpflichteten mittelbaren Besitzer gehen, wenn er z. B. durch Anspruchszession einen Nießbrauch oder ein Pfandrecht an der Sache wirksam bestellt hatte.

[39]) Gemäß § 987, 988, 990, 991 Abs. 1, 992, 993. Hier tritt noch der Gesichtspunkt der Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung hinzu.

[40]) Nach § 994—997 und 999.

[41]) Nach § 1000—1003. Er hat also nicht nur ein Zurückbehaltungsrecht, sondern auch ein Recht der Befriedigung aus der Sache und über das römische Recht hinaus eine direkte Forderung gegen den Sieger, die aber davon abhängt, daß dieser die Verwendungen genehmigt und die Sache behält, und die überdies an die kurze Frist von einem Monate gebunden ist.

VI. Die Klage aus dem früheren Besitz ist petitorischer Natur. Sie kann daher mit der possessorischen Klage auf Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes (§ 861) nicht verbunden werden[42]. Dagegen ist ihre Verbindung mit der Klage aus dem Rechte selbst, also mit der Vindikation, mit der Klage aus Nießbrauch oder Pfandrecht oder auch mit einer persönlichen Klage aus einem Forderungsrecht auf Herausgabe der Sache, zulässig.

Der Anspruch geht auf endgültige, nicht blos auf vorläufige Herausgabe der Sache. Ein im Besitzschutzprozesse ergangenes rechtskräftiges Urteil steht ihm daher nicht entgegen. Umgekehrt dagegen wird durch die Entscheidung über ihn jeder vorher entstandene possessorische Anspruch auf Besitzeinräumung erledigt. Das rechtskräftige Urteil im Besitzrechtsprozesse praejudiziert aber auch dem Anspruche aus dem Rechte selbst. Lautet es auf Herausgabe der Sache, so steht rechtskräftig fest, daß der Beklagte dem Kläger gegenüber kein Recht auf den Besitz hatte. Der Beklagte konnte ja jedes bessere Besitzrecht geltend machen. Somit kann der Beklagte auch mit der Vindikation oder einer anderen dinglichen oder persönlichen Klage aus dem Rechte selbst die Sache dem Kläger nur dann wieder abfordern, wenn über das von ihm behauptete Eigentum oder sonstige Recht bereits zu seinen Gunsten entschieden oder überhaupt noch nicht erkannt und überdies das festgestellte Besitzrecht des Klägers weggefallen ist[43]. Lautet das Urteil auf Abweisung des Klägers, so steht einer von ihm aus dem Rechte selbst erhobenen neuen Klage gegen denselben Prozeßgegner die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache gleichfalls insoweit entgegen, als über das bessere Besitzrecht erkannt ist[44]. Dagegen bleibt das Klagerecht aus dem Rechte selbst unberührt, wenn der Kläger nur deshalb abgewiesen ist, weil er den früheren Besitz oder

---

[42]) CPrO. § 232.

[43]) Man nehme z. B. an, der beklagte Besitzer habe sein Eigentum erwiesen, die Sache aber gleichwohl dem Kläger herausgeben müssen, weil diesem Nießbrauch, Pfandrecht oder Mietsrecht an der Sache zustand. Dann kann er vindizieren, wenn er die Erledigung des klägerischen Besitzrechts beweist. Ebenso aber, wenn die Eigentumsfrage nicht entschieden ist und der Beklagte in dem neuen Prozesse außerdem sein Eigentum beweist.

[44]) Also stets, wenn die Abweisung auf Grund der Einrede des besseren Besitzrechts gemäß § 1007 Abs. 3 S. 2 aus § 986 erfolgt ist. Nach der oben angenommenen Auslegung aber auch, wenn der Beklagte mit der Einrede des Eigentums aus § 1007 Abs. 2 gesiegt hat.

den zweiten Klagegrund des bösen Glaubens des Besitzers oder des eignen unfreiwilligen Besitzverlustes nicht erwiesen oder weil der Beklagte den bösgläubigen Besitzerwerb des Klägers oder dessen freiwilligen Besitzverlust oder den eignen früheren unfreiwilligen Besitzverlust dargethan hat. Denn in allen diesen Fällen steht rechtskräftig nur fest, daß der Besitzrechtsanspruch aus dem früheren Besitz unbegründet war. Der Kläger hat aber möglicherweise trotzdem ein materielles Recht zum Besitze gehabt, das geltend zu machen er überhaupt nicht in die Lage kam. Ihm bleibt daher unverwehrt, noch mit der Vindikation oder sonst mit dinglicher oder persönlicher Klage die Herausgabe der Sache vom Beklagten zu verlangen. Am wenigsten kann ihm die neue Klage versagt werden, wenn sich herausstellt, daß er sich deshalb in der Klage aus dem früheren Besitze vergriffen hat, weil die Sache vor seiner Besitzzeit dem Beklagten abhanden gekommen war. Dieser Umstand konnte ja auch dem vorsichtigsten Kläger bei der Klageerhebung verborgen bleiben.

VII. Die praktische Bedeutung der Klage aus dem früheren Besitz läßt sich am besten an ihrem Verhältnisse zur Besitzschutzklage einerseits und zur Klage aus dem Rechte selbst andrerseits ermessen.

Mit der Besitzschutzklage aus § 861 wird die Klage aus § 1007 regelmäßig konkurrieren. Wenn der Besitzer, dem der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen ist, nach § 861 die Wiedereinräumung des Besitzes von dem verlangen kann, der ihm gegenüber fehlerhaft besitzt, so kann er auch nach § 1007 auf Grund seines früheren Besitzes, neben dem er ja als zweiten Klagegrund sowohl bösen Glauben des Beklagten wie eignen unfreiwilligen Besitzverlust anführen kann, die Herausgabe der Sache verlangen. Die Wahl des zweiten Weges stellt ihm den Vorteil endgültiger Wiedererlangung des Besitzes in Aussicht. Will er sich zugleich den Vorteil einer schleunigen vorläufigen Wiedereinsetzung in den Besitz sichern, so hindert ihn nichts, daneben possessorisch zu klagen. Nur in zwei Fällen droht ihm, während er im Besitzschutzprozesse siegen würde, im Besitzrechtsprozesse die Niederlage. Einmal hat er, wenn er bei dem Erwerbe des entzogenen Besitzes nicht in gutem Glauben gewesen war, stets die Abweisung der Klage aus dem früheren Besitze zu gewärtigen, während er mit dem Besitzschutzanspruche nur dann nicht durchdringt, wenn sein Besitz gerade dem Beklagten oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft und überdies erst im

letzten Jahre vor der Entziehung erlangt war (§ 861 Abs. 2). Sodann hat er, wenn der Beklagte ein besseres Recht zum Besitze hat, im Besitzrechtsstreite stets die Einrede des besseren Rechtes zu fürchten, während er mit der Besitzschutzklage auch den zum Besitz berechtigten Beklagten überwinden kann (§ 863). Auf der anderen Seite kann in sehr viel zahlreicheren Fällen der frühere Besitzer die Klage aus dem früheren Besitz anstellen, während ihm ein Besitzschutzanspruch fehlt. Zunächst bleibt, wenn der Anspruch aus § 861 durch Ablauf der einjährigen Ausschlußfrist erloschen ist (§ 864 Abs. 1), der Anspruch aus § 1007, da er nur der gewöhnlichen Verjährung unterliegt, erhalten. Ferner kann, wenn die durch verbotene Eigenmacht entzogene Sache sich in der Hand eines gutgläubigen Besitzers oder auch eines solchen bösgläubigen Besitzers, der nicht gerade dem früheren Besitzer gegenüber fehlerhaft besitzt, befindet, niemals aus § 861, wohl aber aus § 1007 geklagt werden. Endlich versagt der Besitzschutz, während die Klage aus § 1007 offen steht, sobald der Besitz auf andere Weise, als im Wege der Entziehung durch verbotene Eigenmacht, unfreiwillig verloren ist.

Was das Verhältnis der Besitzrechtsklage zu der Klage aus dem Rechte selbst betrifft, so ist in erster Linie zu fragen, wie sie sich zur Vindikation stellt. Ist der frühere Besitzer Eigentümer, so kann er statt der Klage aus dem früheren Besitze stets auch die Klage aus dem Eigentum erheben. Denn jede Einrede, die gegen die Vindikation zulässig ist, kann auch dem Anspruch aus § 1007 entgegengesetzt werden. Die Klage aus dem früheren Besitz bietet dem Eigentümer den bequemeren und sichereren Weg zur endgültigen Wiedererlangung der Sache. Sie wird daher der Vindikation im Fahrnisrecht starken Abbruch thun. Doch ist zu erwägen, daß einerseits die Vindikation stets den Vorteil der Feststellung des Eigentums gewährt, während im Besitzrechtsstreit die Eigentumsfrage möglicherweise unentschieden bleibt, andrerseits auch die Vindikation gerade in den Fällen des unfreiwilligen Besitzverlustes durch die Eigentumsvermutung aus früherem Besitz außerordentlich erleichtert ist. Hauptsächlich wird der Eigentümer von der Klage aus § 1007 Gebrauch machen, wenn er den oft schwierigen Beweis des unfreiwilligen Besitzverlustes zu erbringen sich nicht getraut, dagegen bösgläubigen Besitzerwerb des gegenwärtigen Besitzers nachzuweisen vermag. Immerhin wäre für die Zulassung der Fahrnisvindikation neben der Klage aus dem früheren Besitz ein Bedürfnis

kaum vorhanden, wenn es nicht Fälle gäbe, in denen der Eigentümer das Ziel der Herausgabe der Sache mit der Klage aus § 1007 nicht erreichen kann[44a]). Hierher gehören vor Allem die Fälle, in denen Jemand Eigentum an einer beweglichen Sache erworben hat, ohne in ihren Besitz gekommen zu sein. So kann zwar die Vindikation, nicht aber die Klage aus früherem Besitz gegen den unberechtigten Besitzer anstellen, wer mit dem Eigentum an einem Grundstücke durch Auflassung und Eintragung zugleich das Eigentum an beweglichen Zubehörstücken erworben, den Besitz an ihnen aber noch nicht erlangt hat (§ 926); wer kraft Eigentums, dinglichen Rechtes, gutgläubigen Besitzes oder berechtigten Nutzungsbesitzes an der Hauptsache das Eigentum an Früchten oder anderen Erzeugnissen oder Bestandteilen mit der Trennung ohne Besitznahme erworben hat (§§ 953—957, ebenso infolge Ueberfallsrechtes nach § 911); wer an einer durch Verbindung oder Vermengung von Sachen neu entstandenen Sache, die als solche noch nicht in seinem Besitz war, Alleineigentum oder doch Miteigentum erworben hat (§ 947—948); wer Eigentümer eines in fremdem Besitz befindlichen Schuldscheins oder einer anderen in fremdem Besitz befindlichen Rechtsurkunde geworden ist, weil ihm das beurkundete Forderungsrecht oder sonstige Recht zusteht (§ 952); wer an der Hälfte eines Schatzes als Grundeigentümer oder auch (im Falle der Besitzergreifung durch einen Anderen) als Entdecker Eigentum ohne Besitz erworben hat (§ 984); wer durch Vindikationszession ohne gleichzeitige Uebertragung von mittelbarem Besitz Eigentümer geworden ist (§ 931)[45]). Wir haben aber bereits gesehen, daß es auch Fälle giebt, in denen der Eigentümer, obschon er früherer Besitzer ist, mit der Klage aus dem früheren Besitz nicht durchdringt, während ihm die Vindikation Erfolg verspricht. So

[44a]) Dies übersah Pflüger, als er in der Abhandlung über die Verfolgung beweglicher Sachen nach dem Entw. des BGB., Jahrb. f. Dogm. XXXV 451 ff., vorschlug, neben der Fahrnisklage aus dem früheren Besitz die Eigentumsklage und mit ihr die Eigentumsvermutung aus dem Besitz ganz zu streichen.

[45]) Man könnte auch den Eigentumserwerb des Verpächters an den vom Pächter dem mitverpachteten Gutsinventar einverleibten Stücken (§ 588 Abs. 2) und den ähnlichen Eigentumserwerb des Eigentümers an den vom Nießbraucher dem Inventar einverleibten Stücken (§ 1048) hierher ziehen. Allein man wird hier vielmehr einen vom Pächter oder Nießbraucher rechtsnotwendig konstituierten mittelbaren Eigenbesitz des Verpächters oder Eigentümers anzunehmen haben.

verhält es sich, wenn er den Besitz aufgegeben und doch das Eigentum nicht eingebüßt hat, weil es an der zur Uebertragung des Eigentums erforderlichen Willenseinigung über den Eigentumsübergang fehlte (§ 929); wenn er den früheren Besitz nicht in gutem Glauben erworben hatte und gleichwohl Eigentümer war oder nachträglich wurde; wenn er das Eigentum an einer dem gegenwärtigen gutgläubigen Besitzer vor Zeiten abhanden gekommenen Sache auf Grund ihrer Veräußerung im Wege öffentlicher Versteigerung (§ 935 Abs. 2) oder durch Ersitzung (§ 937) erworben hatte. Da es oft zweifelhaft sein wird, ob der Anspruch aus dem früheren Besitz begründet ist, andrerseits aber auch Zweifel walten können, ob der Eigentumsbeweis gelingen mag, wird es für den Eigentümer nicht selten rätlich sein, die Klagen aus § 985 und aus § 1007 zu verbinden.

In einem ähnlichen Verhältnisse, wie zum Eigentumsanspruch, steht der Anspruch aus dem früheren Besitz zu dem dinglichen Anspruche des Nießbrauchers und des Pfandgläubigers auf Herausgabe der Sache[46]).

Eine andere Rolle dagegen spielt die Klage aus § 1007, wenn der frühere Besitzer nur ein persönliches Recht zum Besitze behaupten kann. Dann konkurriert sie mit der Klage aus dem Rechte selbst nur gegenüber einem Besitzer, der dem früheren Besitzer aus einem Schuldverhältnisse (kraft rechtsgeschäftlicher Verbindlichkeit, unerlaubter Handlung, ungerechtfertigter Bereicherung oder sonstiger gesetzlicher Auferlegung) zur Herausgabe der Sache verpflichtet ist. Dagegen ist sie gegenüber jedem anderen Besitzer begründet, ohne daß ihr überhaupt eine Klage aus dem Rechte zur Seite stünde. Der Mieter, Pächter, Entleiher, Verwahrer, Finder und sonstige ein persönliches Recht ausübende Besitzer empfängt so eine dingliche Klage gegen jeden Dritten, der nicht besser als er

[46]) Auch hier giebt es keinen Fall, in dem der Anspruch aus § 1007 begründet und der Anspruch aus dem Rechte selbst ausgeschlossen wäre, wohl aber Fälle, in denen der Anspruch aus § 1007 versagt, während die auf das Recht selbst gestützte Klage durchdringt. Denn auch Nießbrauch und Pfandrecht an beweglichen Sachen kann man haben, ohne jemals im Besitz gewesen zu sein: Nießbrauch z. B. kraft Abtretung des Anspruches auf Herausgabe (§ 1032), Pfandrecht als Vermieter oder Verpächter (§ 559—563, 585) und vermöge der Erstreckung des Grundstückspfandrechts auf getrennte Erzeugnisse und auf Zubehörstücke (§ 1120—1122). Ebenso kann auch hier der frühere Besitz trotz Vorhandenseins des dinglichen Rechtes ungeeignet sein, den Besitzrechtsanspruch zu tragen.

zum Besitz berechtigt ist. Hier vor Allem offenbart sich in stärkster Weise die verdinglichende Kraft des Fahrnisbesitzes. Das persönliche Recht selbst erfährt keine Umwandlung in ein dingliches Recht[47]). Allein der Fahrnisbesitz umkleidet jedes Recht zum Besitz mit einem dinglich wirksamen Schutz, der dem früheren Besitz, falls er auf einem zur Zerstörung des Besitzrechtes ungeeigneten Wege verloren ist, die erforderliche Angriffskraft verleiht, um die Wiederverwirklichung der ihm entsprechenden Sachherrschaft dem gegenwärtigen Besitze gegenüber zu erstreiten.

VIII. Das Klagerecht aus dem früheren Besitz ist auf das Fahrnisrecht beschränkt[48]). Dem Liegenschaftsrechte ist jede dingliche Klage aus dem Besitze fremd. Die Publizianische Klage ist ohne Ersatz weggefallen, weil der Liegenschaftsbesitz für das Eigentum oder sonstige dingliche Recht keinerlei Anzeichen gewährt, der Grundbucheintrag aber vermöge der an ihn geknüpften allseitigen und ausnahmslosen Vermutung eine der Ergänzung nicht bedürftige Angriffswaffe für die Verfolgung des Eigentums und anderer Rechte an Grundstücken bietet. Persönliche Besitzrechte an Grundstücken entbehren überhaupt des dinglichen Rechtsschutzes. Auch der dem Mieter oder Pächter gegen den Sondernachfolger des Vermieters oder Verpächters zustehende Anspruch auf Belassung und möglicher Weise auch auf Wiedereinräumung des Besitzes ist kein dinglicher, sondern ein durch gesetzlichen Eintritt in das Vertragsverhältnis vermittelter persönlicher Anspruch. Dritten gegenüber aber hat der Mieter oder Pächter eines Grundstücks neben dem ihm in vollem Umfange gewährten Besitzschutze keine petitorische Klage zum Schutze seines Besitzrechts[49]). Das Liegenschaftsrecht kennt somit überhaupt nur die hier um so wichtigeren Besitzschutzklagen und die Klagen aus dem Rechte selbst.

IX. Die im § 1007 eingeführte Klage aus dem früheren Besitz hat mit der Publizianischen Klage, zu deren Ersatz sie nebenbei berufen ist, keine innere Verwandtschaft. Um so näher steht sie offenbar der deutschrechtlichen Fahrnisklage aus unfreiwillig verlorner Gewere[50]). Auch sie stand jedem früheren Besitzer ohne Rück-

[47]) Vgl. Crome a. a. O. S. 64 ff.

[48]) Was oben (Kap. II Anm. 39—43) über die Anwendbarkeit des § 1006 auf Zubehörstücke und Bestandteile von Grundstücken gesagt ist, gilt auch für § 1007.

[49]) Crome a. a. O. S. 43. ff.

[50]) Vgl. bes. Sachsensp. II a. 36. Richtstr. Landr. c. 17. Näheres bei Delbrück, Dingl. Klage S. 42 ff., Laband, Vermögensrechtl. Klagen S. 106 ff.,

sicht auf seinen Besitztitel und somit nicht blos dem Eigentümer, sondern auch dem Nutznießer, Pfandgläubiger, Mieter, Pächter, Entleiher, Verwahrer, Finder zu; auch sie setzte unfreiwilligen Besitzverlust voraus; auch sie richtete sich gegen jeden Besitzer, hatte aber nur relativ dingliche Kraft, da sie am besseren Besitzrecht des Beklagten scheitern konnte; auch sie zielte auf endgültige Herausgabe der Sache. Die Unterschiede der neuen Klage von ihr beruhen, wenn von der Verschiedenheit des Prozeßrechts abgesehen wird, namentlich auf der Berücksichtigung des guten und bösen Glaubens und auf der Einbeziehung des mittelbaren Besitzes und hängen zum Teil damit zusammen, daß neben der alten Fahrnisklage keine Vindikation stand. Klagegrund für die dingliche Fahrnisklage war ausschließlich die unfreiwillig verlorene Gewere. Auch die Klage aus § 1007 ist, wie sich gezeigt hat, nur zur Wiedererlangung von unfreiwillig verlornem Besitz bestimmt; allein der böse Glaube verschiebt die Beweislage, sodaß der unfreiwillige Verlust des Besitzes nur dem gutgläubigen Besitzer gegenüber zum Klagegrunde gehört, während der des bösgläubigen Besitzerwerbes überführte Besitzer auf die Einrede angewiesen ist, daß der frühere Besitzer den Besitz freiwillig aufgegeben habe. Der Besitzer konnte die alte Fahrnisklage durch den Nachweis seines Eigentums oder eines anderen seinen Besitz rechtfertigenden Rechtes an der Sache abschlagen. Auch der aus § 1007 beklagte Besitzer siegt in jedem Falle, wenn er sein besseres Besitzrecht darthut; er erzielt aber auch ohne den Nachweis eines eignen Besitzrechts die Abweisung des Klägers, sobald er dessen bösgläubigen Besitzerwerb erweist; und er kann, wenn er selbst gutgläubig besitzt, durch den Nachweis seines Eigentums den Beweis, daß er trotzdem das schlechtere Besitzrecht habe, dem Kläger aufbürden. Die dingliche Fahrnisklage forderte auf Seiten des Klägers unmittelbaren unfreiwilligen Verlust der Gewere; wer die Sache in fremde Hand gelegt hatte, konnte sich stets nur an die Hand halten, der er die Gewere anvertraut hatte; er konnte die Klage aus früherer Gewere gegen einen dritten Besitzer auch dann nicht anstellen, wenn die Sache von dem Pfandgläubiger, Mieter, Entleiher, Verwahrer usw. nicht weggegeben, sondern ihm gestohlen oder verloren gegangen

---

Heusler, Inst. II § 118, Stobbe-Lehmann II 254 ff., Huber, Gewere S. 12 ff., Pflüger a. a. O. S. 458 ff., bes. S. 462 Anm. 9.

oder sonst abhanden gekommen war[51]). Dagegen kann die Klage aus § 1007 auch auf früheren mittelbaren Besitz gegründet werden; auch sie geht, wenn der unmittelbare Besitzer, dem die Sache anvertraut ist, das Vertrauen täuscht und den Besitz aufgiebt, zugleich dem mittelbaren Besitzer verloren; sie bleibt aber auch ihm erhalten, wenn die Sache dem unmittelbaren Besitzer abhanden kommt. Mit der dinglichen Fahrnisklage konnte die Sache nur dem abgefordert werden, in dessen thatsächlicher Gewere sie sich befand. Die Klage aus § 1007 geht, wie oben gezeigt ist, auch gegen den mittelbaren Besitzer. Alle diese Unterschiede aber treffen mehr den äußeren Bau als das innere Wesen der Klage und lassen den gemeinsamen Grundgedanken unberührt. Die Klage aus dem früheren Besitz ist somit die rechte Erbin der Fahrnisklage aus unfreiwillig verlorner Gewere.

---

[51]) Sachsensp. II a. 60 § 1 und zahlreiche übereinstimmende Quellenzeugnisse. — Dagegen hat, wenn die Sache in die Hand des Hausgenossen, des Gesindes, der Ehefrau, des Haussohnes usw. gegeben war, der Hausherr in jedem Falle die dingliche Fahrnisklage, mag die Sache veruntreut oder abhanden gekommen sein; denn solche Verwaltungsinhabung begründete überhaupt keine eigne Gewere; Sachsensp. III a. 6 § 1, Laband S. 80 ff., Stobbe-Lehmann II § 92 Anm. 14; oben Kap. I Anm. 9. Wenn vereinzelt die Klage auch dem Deponenten gegeben wird, so macht es auch hierbei keinen Unterschied, ob die Sache vom Verwahrer veräußert oder ihm abhanden gekommen ist; Goslar. Stat. b. Göschen S. 82 Z. 22 ff., S. 99 Z. 5 ff., Ostfries. Landr. I c. 101; Laband S. 84, Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 28.

Bernhard Vopelius, Jena.